

ESSAI
SUR
L'HISTOIRE DE LA CAUSE
DANS LES OBLIGATIONS

(DROIT SAVANT DU MOYEN-AGE — ANCIEN DROIT FRANÇAIS)

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 1^{er} Juillet 1929, à 2 heures

PAR

Georges CHEVRIER

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON,
LICENCIÉ ÈS LETTRES.

JURY... {
Président : M. MEYNIAL, Professeur
Suffragants ... { MM. CAPITANT {
GENESTAL { Professeurs

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY
(Société Anonyme)
22, Rue Soufflot — PARIS (V^e)

1929



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses,
ces opinions doivent être considérées comme pro-
pres à leurs auteurs.**

ESSAI
SUR
L'HISTOIRE DE LA CAUSE
DANS LES OBLIGATIONS

(DROIT SAVANT DU MOYEN-AGE — ANCIEN DROIT FRANÇAIS)

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 1^{er} Juillet 1929, à 2 heures

PAR

Georges CHEVRIER

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON,
LICENCIÉ ÈS LETTRES.

JURY... { Præsident :^e M. MEYNIAL, Professeur
Suffragants .. } MM. CAPITANT { Professeurs
GENESTAL }

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(Société Anonyme)

22, Rue Soufflot — PARIS (V^e)

1929



PRÉFACE

I. — Le sujet. — Ses limites.

Le besoin de sécurité dans les transactions a conduit certaines législations à donner une forme à chaque acte juridique, notamment dans le domaine des contrats. L'existence d'un engagement est attestée par un signe apparent, qui prévient la surprise des contractants. Son exécution est automatique, dès que la régularité de sa forme a été démontrée par le créancier, car la dette est indépendante des circonstances qui ont entouré sa naissance : elle est dite abstraite. Tel fut le cas de l'ancienne stipulation romaine; tel est encore celui du *deed*, contrat scellé écrit du droit anglais, et de la promesse unilatérale décrite par les articles 780 et 781 du Code civil allemand.

Mais ce double avantage, sécurité dans la formation, rapidité dans l'exécution des conventions, ne va pas sans de graves inconvénients. Dissociée de sa raison d'être, l'obligation est une affirmation que rien n'explique : « J'ai promis de payer 10 à X » mais pourquoi ? Ai-je entendu le gratifier ou le rémunérer d'un service ? Les termes de mon engagement ne laissent pas deviner ma pensée. Il est à craindre que de tels accords ne répondent pas aux buts secrètement voulus par leurs auteurs ou qu'ils masquent des opérations dont ceux-ci désirent cacher le sens(1). N'est-il pas juste qu'un débiteur puisse échapper

(1) Sur l'acte abstrait, en général, voir Saleilles, *Etude d'une théorie générale de l'obligation, d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 2^e éd., Paris, 1901, p. 287, et sur l'indépendance de l'acte formel et

à une condamnation en alléguant sa propre erreur sur le but de son engagement, ou mieux le caractère immoral de celui-ci? D'équitables tempéraments ont de tout temps assuré sa défense; il suffit de rappeler l'un des plus connus, l'*exceptio doli* du prêteur romain. N'appartient-il pas, en outre, au juge, gardien de la moralité, de scruter l'intention de ceux qui s'engagent, afin de découvrir la raison de leur accord et d'apprécier d'après elle la validité de celui-ci? C'est, en termes techniques, rechercher la cause d'une obligation (1).

de l'acte abstrait, Duez, *La renaissance de l'acte abstrait dans les obligations*, Thèse, Lille, 1914, pp. 29-38; Moeneclaey, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civil et commercial français*, Thèse, Lille, 1914, pp. 31 et s.

(1) La définition de la cause, but de l'obligation recherché par le juge est volontairement très large. Elle fait de l'existence et du caractère licite de la cause un critère de validité pour un contrat, plutôt qu'elle ne considère cette notion comme un élément nécessaire de celui-ci. Elle est très proche de la conception à laquelle s'arrête le travail récent de M. Capitant, *De la cause des obligations*, 3^e éd., 1927, pp. 21 et s. Elle englobe, semble-t-il, par suite de sa généralité, toutes les définitions spéciales proposées par divers auteurs : 1^o la formule traditionnelle : la cause est un élément subjectif de l'obligation, distinct du motif, Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 5^e éd., IV, p. 546; Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité de droit civil. Des obligations*, I, p. 283; Colin, *Théorie de la cause dans les obligations conventionnelles*, Thèse, Paris, 1897, pp. 54, 286. 2^o les définitions assimilant la cause au mobile, Dubreuil, *Des mobiles dans les contrats*, Thèse, Lyon, 1909; ou substituant au concept étroit de cause celui plus compréhensif de mobile, Josserand, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Essais de téléologie juridique, Paris, 1928. 3^o les définitions objectives : la cause est la raison d'être économique de l'obligation, Gaudemet, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, Thèse, Dijon, 1898, p. 243, et surtout, Louis Lucas, *Volonté et cause*, Thèse, Dijon, 1918, pp. 123, 155, qui pratiquement exclut la cause de la donation, tout en s'efforçant de, montrer (pp. 271 et s.) qu'elle n'est pas entièrement absorbée par la volonté; cf. Maury, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Thèse, Toulouse, 1920, I, p. 31, qui prétend concilier la doctrine classique et les conceptions nouvelles en parlant d'équivalent voulu par les parties. 4^o les définitions qui font ressortir la fonction de la cause, qui exprimerait l'utilité sociale de l'obligation (Demogue, *Traité des obligations*, Paris, 1923, II, pp. 526 et s., 540, 594-753), ou assurerait la pénétration de la règle morale dans le domaine contractuel (Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925, pp. 61 et s., 381).

Dans les faits, les doctrines se rejoignent : la cause apparaît, tantôt sous

Ce n'est pas seulement le bien fondé, ce peut être aussi l'existence d'un contrat qui est restée douteuse. Dans un régime individualiste, où la volonté d'une personne, de quelque façon qu'elle s'exprime, suffit pour créer une obligation à la charge de celle-ci, il est difficile de distinguer un simple projet d'une convention ferme. Le danger qui pouvait résulter de l'emploi d'une forme n'est rien en comparaison du risque que fait courir la libre formation des contrats. Toute parole peut lier son auteur : *omne verbum cadit in debitum*. A chaque instant d'une conversation un mot imprudent peut être pris pour une promesse. On feint en plaisantant de souscrire une obligation : il est bien évident que ce jeu n'a pas de conséquences juridiques; c'est l'exemple classique de la *stipulatio jocandi causa*. Mais, pour un castrès net, que d'hypothèses où l'hésitation est permise ! Tel mot est-il sans portée ? Est-ce une invite à entrer en relation d'affaires, ou mieux une offre de contrat ? Est-ce déjà un engagement définitif et de quelle nature ? C'est alors qu'il conviendra de remonter au but voulu par celui qui a parlé : ce moyen fera connaître le véritable caractère de la phrase discutée. Voilà une seconde fonction de la cause, servir de critère à la promesse sans forme, qui complète le premier rôle que nous lui avons reconnu, corriger les excès du formalisme.

Par un paradoxe apparent, notre institution protège à la fois contre les dangers des formes contractuelles et

l'aspect objectif d'une valeur économique, tantôt rapprochée de la volonté ; et la sanction qui frappe son absence ou ses défauts est inspirée tour à tour par l'idée de protection privée et par celle d'intérêt social, Japiot, *Des nulités en matière d'actes juridiques*, Thèse, Dijon, 1909, pp. 223-231.

En l'absence d'une définition de la cause insérée au Code civil, nous devons nous en tenir à une conception suffisamment large, qui n'exclut, *a priori*, aucun des aspects possibles que peut prendre l'idée de cause. C'est à la fin seulement de notre étude qu'il nous sera possible de préciser le ou les sens que prit cette notion dans l'histoire du droit français.

contre ceux qui naissent de l'entière liberté des conventions. C'est qu'une même idée la soutient dans son double rôle : elle tend à mettre d'accord l'expression apparente de la volonté des parties — que celle-ci se traduise librement ou dans des formes légales, peu importe — avec leur véritable intention.

*

Une pareille notion suppose des conditions sociales, à la fois juridiques, morales et économiques, assez particulières.

Avant tout, elle réclame un système juridique, où le juge soit apte à s'enquérir *ex officio suo* de la raison d'une obligation, dont l'exécution est poursuivie devant lui. Ce droit de contrôler les relations contractuelles dépend des pouvoirs généraux que lui confère son institution légale. Il faut que la procédure soit parvenue au stade où elle autorise une semblable activité judiciaire, c'est-à-dire qu'elle ait cessé d'être réduite au rituel par lequel chaque partie exécute son droit, pour devenir l'ensemble des débats menant à la reconnaissance d'une prétention, après des preuves librement débattues. C'est pourquoi les législations primitives ont ignoré le recours à la cause.

Mais, lorsque la procédure a laissé le champ libre à cette conception, celle-ci n'apparaît pas nécessairement, car elle est le fruit d'une longue expérience morale, très variable suivant les milieux. Défions-nous des apparences. La protection contre l'utilisation abusive d'une forme qui nous paraît aujourd'hui toute naturelle resta longtemps inconnue dans des sociétés déjà avancées. On a montré avec quelle lenteur le droit romain s'était ému des fraudes que pouvait susciter le formalisme; il sacrifiait la bonne foi à son amour exagéré du rite. Dans le fait d'amener une personne à promettre inconsidérément,

peut-être ne vit-il longtemps qu'un bon tour (1). Le progrès des concepts moraux devait faire apparaître, vers la fin de la République, ce qu'il y avait de choquant dans ces ruses.

☞ Fût-elle tolérée par la procédure, répondit-elle à un besoin de la conscience d'une époque, l'idée de cause n'aurait pas, pour autant, son succès assuré, car elle peut être contrariée par les circonstances économiques. Il arrive que l'investigation sur le but d'une convention devienne indiscreète et gênante. Dans les contrats civils, lents, peu fréquents, la recherche de la cause est aisément acceptée par les parties souvent inexpérimentées qui ont besoin d'être protégées contre leur faiblesse. Mais elle devient vite insupportable lorsqu'elle s'implante dans les affaires commerciales, car celles-ci exigent la conclusion d'accords donnant naissance à des créances, véritables valeurs aussi sûres que des capitaux, et des règlements de compte rapides et indiscutables (2). Une institution, comme la cause, qui fait courir aux marchés une chance supplémentaire d'annulation est un obstacle à leur stabilité que la pratique est portée à écarter. Cet antagonisme entre le désir de ne protéger juridiquement que des actes dont le bien-fondé apparaît clairement et les besoins commerciaux réclamant des valeurs abstraites fixes et sûres, explique bien des fluctuations que connut la notion de cause. On comprend que des droits contemporains, tels que le droit allemand, soutenus par une doctrine qui voit dans l'obligation un pur rapport économique entre deux patrimoines, aient réussi à l'écarter de leur technique.

Ainsi, loin de montrer la substitution de l'acte causé

(1) Meynial, *Remarques sur les traits originaux de l'ancien droit privé français*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, t. 4, 1923, pp. 415-417.

(2) Sur les avantages de l'acte abstrait, voir Paul Gide, *Etudes sur la novation et le transport des créances en droit romain*, Paris, 1879, pp. 20 et s.; Capitant, *De la cause des obligations*, op. cit., pp. 20, 361.

à l'acte abstrait, l'histoire témoigne de leur coexistence (1), avec une prédominance du premier dans les législations soucieuses de la valeur morale des engagements qu'elles sanctionnent.

*

C'est ainsi, qu'au cours du Moyen-âge, s'affirma le progrès de l'idée de cause, grâce aux dispositions propices de la procédure romano-canonique et à l'influence des règles morales répandues par l'enseignement de l'Eglise. Jusqu'à la fin du xiii^e siècle, le mouvement économique n'y fit pas échec. D'une part, les règles de la procédure savante obligèrent le magistrat à laisser sans sanction des demandes basées sur une promesse dont la raison lui échappait. En même temps, le droit canonique, hostile au formalisme, cherchait à faire triompher une interprétation qui tint compte du but plus que de la forme d'une convention. Il devenait impossible de dissocier l'acte d'engagement de la fin poursuivie. Ainsi s'élaborait chez les Docteurs, malgré de brusques renaissances

(1) Dans les droits contemporains, l'acte abstrait est encore très répandu. En droit français, ses principales manifestations apparaissent dans la matière des titres commerciaux négociables. Duez, *La renaissance de l'acte abstrait...*, *op. cit.*, pp. 68 à 160. En droit civil, il a des applications exceptionnelles dans la délégation et la stipulation pour autrui, Duez, *op. cit.*, pp. 161-170. Certains auteurs voient, contrairement à la majorité de la doctrine, dans l'article 1132 du Code civil, relatif au billet non causé, la base de l'acte abstrait, (en ce sens, Capitant, *Dela cause des obligations*, *op. cit.*, pp. 365-372) la lettre de change est convertie en titre abstrait.

Pour les législations étrangères, voir, outre Capitant, *op. cit.*, pp. 372-377, et Demogue, *Traité des obligations*, *op. cit.*, II, pp. 818-839, la thèse d'Osias, *L'acte abstrait en droit comparé*, Paris, 1924; et, plus spécialement sur la législation allemande, Saleilles, *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144)*, Paris, 1901, pp. 263 et s., *Etude d'une théorie générale de l'obligation*, *op. cit.*, pp. 286 et s., *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1871, p. 184.

Une étude de la cause, pour être complète, doit donc envisager, non seulement le sens de la notion de cause, mais aussi les frontières de celle-ci.

de l'acte abstrait, un système où la force d'une obligation contractuelle dépendait de sa cause.

De cette pensée dogmatique toutes les législations occidentales furent tributaires; elles se séparèrent plus ou moins du vieux fonds romano-canonique. Quelle fut, sur ce point, l'attitude du droit français? Quel rapport existe-t-il entre les théories médiévales, qui soumettent à la justification d'une cause la réussite de l'action née d'une convention, et les doctrines du dix-septième siècle, qui rangent la cause parmi les éléments que leur analyse a découverts dans la notion de contrat?

C'est à l'étude de ces questions que sera consacré le présent travail : il recherchera essentiellement comment s'est formée la théorie de la cause, telle qu'elle est consignée dans les articles 1108, 1131, 1132 et 1133 du Code civil français.

*
* *

Ce dessein limite le champ de nos recherches. Il laisse en dehors de lui le droit romain, tel qu'il s'appliqua à Rome et dans l'Empire d'Orient, car il n'eut pas d'influence directe sur notre ancienne législation française. S'il n'est pas possible d'éliminer, *a priori*, le droit romain connu en Gaule, spécialement le droit du Code Théodosien, on s'aperçoit vite qu'il ne saurait être compté comme une source importante. Dans une hypothèse exceptionnelle, qui se retrouve au Bréviaire d'Alaric et jusque dans l'*epitome Monachi*, il est prescrit de rechercher la cause d'une convention, à titre de complément de preuve. C'est le cas d'un écrit, constatant une dette, appelé indifféremment *chirographum* ou *cautio*, souscrit par un débiteur décédé avant que le créancier ait réclamé son dû (1). Si

(1) *C. Th.*, 2, 27, 1 (= Bréviaire, II, 27, 1):... *ad inluminandam hereditarii*.

ce dernier est absent, comme il n'a pu, par les vérifications ordinaires, établir le bien-fondé de sa créance, suivant le principe *prolator scripturam adjirmat*, il devra produire des preuves soigneusement réglées : une lettre du défunt promettant de payer est suspecte de faux; C'est le prêt lui-même, mieux la *causa feneratoris*, la numération des deniers qui doit être démontrée ; la déclaration explicite de la cause, corroborée par la déposition des messagers qui ont porté au débiteur l'argent remis par le créancier l'attestera. L'*interpretatio* du ^{ve} siècle semble généraliser; toujours la *causa debili* doit être recherchée dans un écrit(1). Qu'on ajoute le jeu de l'*exceptio non numeratae pecuniae*, sous sa forme ancienne (délai de cinq ans (2), mentionnée par le Bréviaire et tous ses abrégés, l'on connaîtra les applications de la cause dans le droit du Code théodosien et ce qui en subsista après les Invasions.

Trouverons-nous dans la législation franque un milieu plus favorable? La recrudescence du formalisme envahissant les lois des Barbares détourne l'attention sur le geste exécuté qui vaut par lui seul; dans la procédure, l'activité du juge est réduite, les parties conduisent les débats et les modes de preuve échappent au magistrat (3).

debili fidem... causas oporteat feneratoris adprobari. Cf. Epitome Monachi ... et causam ipsius debili exponat. Nous suivons l'interprétation de J. Godefroy (éd. Ritter 1736-1745) sur la constitution précitée : *causis feneratoris adprobatis, id est, expressa, designata causa, tituloque ob quem pecunia mutua seu feneratori data fuerit.*

(1) L'*interpretatio* ne distingue plus entre le cas où le débiteur est mort *absens*, et celui où il est décédé *praesente creditore*; dans cette dernière hypothèse, non seulement la vérification de la régularité de la *cautio* aura lieu mais la preuve de la cause de la dette sera entreprise : *causas ipsius debiti, unde pecuniam contraxit, exponat.*

(2) *C. Th., h. t., 1, 4.*

(3) Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. II, 2^e éd., 1928, p. 439. Sur l'importance du formalisme qui envahit surtout la procédure, voir Brunner, *Zeugen und Inquisitionsbeweis der karolingischen Zeit (in Forschungen zur geschichte des deutschen und französischen Rechts, Stuttgart, 1894, pp. 88 et s.)*; sur

Il n'y a pas place, d'après la loi Salique, dans le procès né de la *fides facta* ou de la *res prestita* pour la contestation des prétentions du demandeur; celui-ci ne dit pas à son adversaire : avoue ou nie la dette, mais seulement : paie. Si un tribunal est saisi, c'est pour rendre, sur la seule déclaration du *quantum* de l'obligation, un ordre de mise au ban atteignant le défendeur et permettant de procéder sans risque à une saisie de ses biens (1). Comment dans cette procédure soulever une nullité basée sur l'inexistence d'un rapport juridique réel entre les parties? En dehors de ces cas, sans doute, les lois connaissent des contrats, comme la vente, où l'exécution d'une prestation sert de cause à l'obligation corrélatrice de l'autre partie; mais le rôle de cette cause ne peut apparaître lorsque l'acte a lieu au comptant, ce qui est très fréquent à cette période(2). C'est seulement d'une manière indirecte que le droit

le formalisme dans les contrats, Schröder, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 6^e éd., Leipzig, 1919, I, pp. 64 et s.

(1) Loi salique (éd. Hessels et Kern, Londres, 1880). T. LX. *De fide facta*, § 2. Cf. Sohm : *Procédure de la Lex Salica* (traduction Thévenin, 1873, pp. 7 et s.). Le § 3 du même titre, visant, dans l'opinion commune, le cas d'un débiteur refusant de payer la composition à laquelle il a été condamné, et poursuivi devant le comte, à qui son adversaire demande d'être mis en possession de ses biens, parle d'une *causa* que doit nommer le demandeur : *et dicat de qua causa, aut quantum ei fidem fecerat*. La *lex emendata* confond le *quantum* et la *causa* : *et dicat de quantâ causa ei fidem fecerat*. Thonissen, *Organisation judiciaire sous le régime de la loi salique*, N. R. H., 1879, t. 3, pp. 55-56, interprète ce passage comme s'il s'agissait de la cause et de la quotité de la créance. Mais pour Sohm, le terme « *causa* » désigne le procès. Il nous semble impossible de tirer aucune conclusion de ce texte.

(2) La question de la réciprocité des prestations, et par suite celle de la cause, ne se poserait pas, si l'on admettait, avec Schroeder, *op. cit.*, I, p. 325 et s., que la vente ne fut pas un véritable contrat réel, où la prestation d'une partie, servant de cause à l'obligation de l'autre, a pu fonder une action en exécution; le contractant qui a le premier exécuté peut seulement réclamer sa dation par une action en répétition. Originellement, il fallait un acte formel accessoire (gage, cautionnement), pour que l'exécution de la seconde prestation pût être demandée; plus tard, on eut, par le moyen de la dation d'arrhes, un procédé pour rendre obligatoire la vente : *L. Wis.*, 5, 4, c. 4 : (les arrhes données) *id cogatur implere, quod placuit* (cité par Schroeder, *l. c.*, p. 327).

franc exerça une influence par la déformation qu'il fit subir à des institutions romaines précises comme la stipulation ou la *cautio*. A force de voir figurer la première à la fin d'actes concrets, on la distingua mal des contrats eux-mêmes, auxquels elle s'adjoignait; peu à peu on en vint à croire qu'elle était soumise aux mêmes conditions de validité que ceux-ci (1). De même, la *cautio* finit par devenir une véritable forme obligatoire (2). Ces confusions ne sont pas sans avoir pesé sur les conceptions des romanistes préirnériens.

Ces brèves remarques nous amènent à reporter le point de départ de nos recherches, au moment où le corps des compilations justiniennes réapparaît, en Occident, dans toute son ampleur, c'est-à-dire au ^{xiii}e siècle.

*

Il nous est également permis d'écarter de notre étude les législations étrangères qui tirèrent des écoles du Moyen-âge, des théories voisines de celle de la cause. Le droit français ne leur demanda jamais des exemples. Cette exclusion, d'ailleurs, doit être entendue sans étroitesse; elle n'interdit ni les rapprochements destinés à éclairer le sens d'une de nos propres institutions, ni une vue rapide sur les procédés de crédit, imaginés par une pratique étrangère et importés en France. Aussi bien, notre droit occupe-t-il une position moyenne, remarquable par son équilibre entre les législations allemandes et anglo-saxonnes, au milieu des autres pays latins sans originalité; plus attaché à la tradition que la jurisprudence anglaise, fort restrictive par sa théorie toute matérielle de la *con-*

(1) Tous les actes sont suivis par la clause *stipulatione subnixi*, V. la bibliographie dans Schroeder, *op. cit.*, I, p. 328, note 152.

(2) Sur l'écrit, introduit dans la pratique franque, d'abord chez les Lombards, v. Schroeder, *l. c.*; Brunner, *op. cit.*, pp. 560 et s.

sidération(1), il a su se garder d'un retour complet aux idées romaines, tel que devait le connaître la doctrine allemande, au cours du *xix^e* siècle(2).

Ainsi, c'est du *xiii^e* siècle au Code civil, sur le seul terrain du droit français, et dans le domaine exclusif des obligations, que porteront nos recherches.

II. — Sources. — Travaux antérieurs.

A l'intérieur de ces limites, les sources étaient faciles à déterminer. On comprendra que, parmi les œuvres doctrinales, une place spéciale ait été réservée à celle de l'école française, dite des Dialecticiens. Il n'y aurait rien

(1) Le droit anglais offre en traits fortement marqués le spectacle d'une évolution corrélatrice à celle du droit français. La cause y apparaît nettement comme le succédané de la forme. En face du contrat formel, ou *deed*, valable par lui seul, le contrat consensuel ne donne une action que s'il est soutenu par une *consideration*; celle-ci peut consister soit en un avantage consenti au promettant, tel qu'une remise de dette, soit en un acte matériel, comme une *datio* ou un *factum*, mais il n'est pas nécessaire qu'il y ait équivalence entre les deux prestations. Il n'y a que l'intention pure et simple qui ne puisse être une *consideration* valable. On discute sur l'origine historique de cette notion. Les uns (Salmond, *History of contracts*, Cambridge, 1909, p. 336 et s.) la rattachent à la *causa* romaine dans le pacte, adoptée par la Cour d'*equity*, puis admise par la *Common Law*; son histoire se rapprocherait alors de celle de la cause française. L'origine serait la même; la Chancellerie royale jouerait le rôle de la Cour d'*equity*. Mais la plupart des auteurs voient dans la *consideration* une création de la *Common Law*, indépendante du droit romain. Voir Bresse, *La théorie de la considération en droit anglais* Thèse, Dijon, 1919, et la bibliographie citée par Capitant, *De la cause des obligations*, p. 189, n. 1, à laquelle on peut ajouter Robert L. Henry, *Contracts in the local Courts of medieval England*, London, 1926, et le compte rendu par Yver, *R. H. D.*, 1928, p. 493. Les Cours locales ont sanctionné, bien avant la Cour du roi, dès la fin du *xiii^e* siècle, de simples conventions non formelles, mais elles exigent un commencement d'exécution de la part d'une des parties. C'est ce qui deviendra la *consideration*. Cf. Lévy-Ullmann, *Eléments d'introduction générale à l'étude des Sciences juridiques*, t. II, *Le système juridique de l'Angleterre*, Paris, 1928, pp. 495-515.

(2) Crome, *System des deutschen bürgerlichen Rechts*, t. I, § 75; Saleilles *op. cit.*, p. 287 et s.; Capitant, *op. cit.*, pp. 177 et s. qui remarque que le retour à un système imprégné du droit romain, où prédomine l'acte abstrait, n'exclut pas la notion de cause.

à dire des sources propres du droit français, si tout un domaine n'avait dû — par la force des choses — nous rester presque entièrement inconnu : celui de la jurisprudence du Parlement de Paris, des premières années du xiv^e siècle à la fin du xv^e siècle, c'est-à-dire à l'époque où, vraisemblablement, s'est produite l'adaptation aux besoins de la pratique des idées dégagées par l'école. Il nous a été, de même, impossible de déterminer à quelle époque et dans quelle mesure, la chancellerie royale, pénétrée d'équité, avait délivré des lettres de rescision basées sur le défaut de cause. Enfin, lacune beaucoup moins grave, les actes de la pratique, spécialement ceux des notaires, ont été peu utilisés; le dépouillement rapide de quelques cartulaires et minutiers nous a d'ailleurs révélé le peu de secours qu'il y a à attendre de cette source. C'est donc, jusqu'au xvi^e siècle, presque exclusivement dans cette littérature souvent trompeuse, que sont la plupart de nos coutumiers, que nous avons été réduit à chercher les éléments de notre documentation sur le droit français. Faute d'avoir pu pénétrer dans le détail vivant de la jurisprudence, notre étude gardera, trop souvent, un aspect purement théorique.

*
* * *

De rares travaux nous ont précédé dans cette voie. Avec les études de M. Meynial(1) qui ont dégagé le sens de la cause dans les conceptions des Romanistes et dans celles de nos coutumiers, l'œuvre récente de MM. Capitant et Le Bras(2), abordant l'histoire de notre théorie

(1) Meynial, *Les renonciations au moyen âge et dans notre ancien Droit*, (N. R. H., 1900, p. 108; 1901, pp. 241, 657; 1902, pp. 49, 649; 1904, p. 698). *Remarques sur les traits originaux de l'ancien droit privé français*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1923, pp. 400-421, spécialement pp. 416 et s.

(2) Capitant, *De la cause des obligations*, Paris, 1^{re} éd., 1923; 3^e éd., 1927 (les renvois sont faits d'après la 3^e édition) Ch. II, *Notions historiques*, (avec

dans son ensemble, est l'apport le plus considérable des auteurs français. Elle retrouve les origines de la notion moderne de la cause dans l'extension donnée par les glossateurs aux idées romaines, au contact des doctrines canoniques, véritables inspiratrices des droits contemporains, dont Domat cesse d'être l'unique précurseur. En dehors de ces travaux fondamentaux qui furent constamment notre guide, la thèse de Doctorat de M. Zeijlemaker recherche minutieusement la signification de la cause dans l'école des glossateurs, dès Irnérius, son rôle chez les praticiens des ^{xv^e} et ^{xvi^e} siècles, ses rapports avec la règle : *solus consensus obligat*(1). Il est, en outre, deux applications de cette idée qui ont été longuement décrites elles concernent l'*exceptio non adimpleti contractus* (2) et la résolution des contrats(3). Nous n'aurons à y revenir que brièvement. Comme préfaces à des travaux de civilistes, l'histoire du billet non causé(4) et celle de la cause dans les libéralités (5) ont été sommairement esquissées. Une nouvelle explication du Code civil a été tentée à la lumière des doctrines de Domat et de Pothier(6). Certaines monographies touchent d'assez près à notre sujet; on a remarqué les relations qui unissent le système canonique du pacte nu et la cause à partir du ^{xiv^e} siècle(7); occasion-

le concours de M. Le Bras). Cf. les c. r. de Fournier, *N. R. H.*, 1923, pp. 661 et s.; Champeaux, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1926, t. VII, p. 52; Walton, *Cause and consideration in contracts*, *The Law quarterly Review*, 1925, pp. 306-328.

(1) Zeijlemaker, *Overeenkomst en wilsovereenstemming*, Thèse Leyde, 1921.

(2) Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, Thèse, Paris, 1914.

(3) G. Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Thèse Toulouse, 1924.

(4) Alexandresco, *Du billet non causé*, Thèse, Paris, 1912.

(5) Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, Thèse, Paris, 1920.

(6) Dabin, *La théorie de la cause, Etude d'histoire et de jurisprudence*, Thèse, Liège, 1919.

(7) Spies, *De l'observation des simples conventions en Droit canonique*, Thèse, Nancy, 1928.

nellement, le rôle de celle-ci a été étudié dans le droit normand du XIII^e siècle (1). Enfin, il y a longtemps que Karsten signalait le lien entre le caractère obligatoire de certains contrats et l'existence d'une *causa* (2). Antérieurement, Seuffert, étudiant l'évolution des pactes dans les œuvres des juristes italiens, avait montré comment la cause avait parfois joué le rôle d'un *vestimentum* (3). Esmein, de son côté, sur le terrain des coutumes françaises, voyait dans notre théorie un expédient destiné à parer aux dangers des fraudes et des surprises, que pouvait susciter la pratique des « convenances » sans forme, et la rapprochait du procédé de l'exécution unilatérale, assurant l'efficacité d'une convention (4).

*

Tous ces travaux, de l'aveu de leurs auteurs, n'ont pas épuisé le sujet; l'historique de MM. Capitant et Le Bras est une introduction à l'étude de la jurisprudence contemporaine, et appelle lui-même un complément. Il reste à déterminer la part respective des droits romain et canonique dans la formation de notre théorie, l'infiltration de celle-ci dans le droit français et la transformation qu'elle y subit.

Ces divers points seront examinés dans les deux parties de ce travail.

On cherchera, dans une première partie consacrée aux doctrines savantes du Moyen-Age, à retracer le rôle qu'a

(1) Yver, *Les contrats dans le très ancien droit normand (XII^e-XIII^e siècle)*, Thèse, Caen, 1926.

(2) Karsten, *Die Lehre vom Verträge bei den italienischen Juristen des Mittelalters*, Rostock, 1882.

(3) Seuffert, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge*, Nordlingen, 1881.

(4) Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français* (*N. R. H.*, 1880, t. 4, pp. 659 et s.; 1881, t. 5, pp. 21 et s.; 1882, t. 6, pp. 35 et s.; 1883, t. 7, pp. 99 et s.)

joué l'idée de cause dans la pensée des Romanistes. On verra comment, chez les Canonistes, la technique juridique se combina avec un fonds de concepts moraux, partiellement étrangers au droit romain, et prit une extension nouvelle.

Dans une seconde partie, réservée au droit français, l'on tentera de montrer comment, dès le XIII^e siècle, sous une forme simplifiée, cette doctrine pénètre dans nos coutumiers pour les dominer, à partir de la seconde moitié du XIV^e siècle et pendant le XV^e siècle. Puis l'on essaiera de saisir comment, depuis le XVI^e siècle, l'originalité du droit français se dégage, sous une double influence : la jurisprudence sacrifiant les subtilités romaines à des motifs pratiques, la doctrine demandant à la raison les éléments naturels de l'obligation et plaçant la cause parmi eux.

Mais, avant d'aborder l'étude des diverses doctrines, il a paru indispensable, afin d'en faciliter l'intelligence, de grouper dans un bref tableau d'ensemble les points dominants de chacune d'elles.

Au seuil de cette esquisse préliminaire, qu'il nous soit permis d'adresser l'expression de notre respectueuse reconnaissance à M. le Professeur Meynial, à qui nous sommes redevables de l'idée première de ce travail et dont les précieux conseils nous ont permis de le mener à bonne fin. Que tous ceux aussi à qui cette étude devra d'être moins imparfaite, veuillent bien trouver ici nos plus sincères remerciements.

BIBLIOGRAPHIE DES SOURCES ⁽¹⁾

I. — Romanistes.

A) AVANT L'ÉCOLE DE BOLOGNE.

CORPUS LEGUM SIVE BRACHYLOGUS JURIS CIVILIS, éd. Böcking, Berlin, in-8°.

EPITOME EXACTIS REGIBUS, éd. Max Conrat, Berlin, 1884, in-8°.

EXCEPTIONES PETRI, éd. Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, 2^e éd., 1835-1851, 7 vol., in-8°.
App. I, pp. 321-428.

— *Additions et gloses sur le Petrus*, éd. Flach, *Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au Moyen-âge*, Paris, 1890, in-8°, pp. 225-270.

— *Appendices au Petrus*, éd. Fitting, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle, 1876, in-8, pp. 151-171.

— *Le livre de Tuingue*, éd. Conrat, *Bull. del Ist. di dir. romano*, 1890, III, pp. 86-149.

Glossaires, éd. Max Conrat à la suite de l'*Epitome exactis regibus*

Glossaires, éd. Flach, à la suite de *Etudes critiques...*, App. VII p. 271 et s.

Glose de Cologne aux Institutes, éd. Max Conrat, *Archivio giuridico* 1885, t. XXXIV, p. 105.

rééditée par Fitting, *Die Institutionem glossen des Gualcausus*, Berlin, 1891, in-8°.

Glose de Turin aux Institutes, éd. Krüger, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 1868, t. VII, p. 44 et s.

Libellus de verbis legalibus, éd. Fitting, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, op cit., pp. 181-206.

Summa Perusina, éd. Patetta, dans *Bull. del Instituto di dir. romano* 1900, t. XII.

(1) Nous ne donnons ici que l'indication des sources proprement dites. Nous indiquerons dans une brève note finale les ouvrages principaux sur les Romanistes et les Canonistes.

B) ROMANISTES IRNÉRIENS.

- IRNERIUS, *Gloses*, éd. Savigny, dans *Geschichte*, *op. cit.*, t. IV, p. 458.
 — *Gloses*, éd. Besta, *L'opera d'Irnério*, Turin, 1896, in-8°, t. II.
 — *Gloses*, éd. Pescatore, *Die Glossen des Irnerius*, Greiswald, 1889, in-8°.
 — *Formularium tabellionum saeculo XIII ineunte, in novam formam redactum*, éd. Palmieri, *Bibliotheca juridica medii aevi*, Bologne, 1888, in-f°, t. I, p. 199 et s.
Lo Codi, éd. Fitting et Suchier, Halle, 1906, in-8°.
Questiones de juris subtilitatibus, éd. Fitting, Berlin, 1894, in-4°.
Summa Codicis, dite Summa Trecensis, éd. Fitting, Berlin, 1896, in-8°.
 WERNERII, *Summa Institutionum, cum glosis Martini, Bulgari, Alberici, aliorumve*, éd. Palmiéri, *Bib. jur. med. aevi*, t. I, Additions, 1914.

C) GLOSSATEURS.

Sources manuscrites

- AZO, *Apparatus ad Digestum vetus*, Bib. Nat., ms. lat., 4459.
 JACQUES BALDUIN, *Summa de officio advocati*, Bib. Nat., ms. lat., 4609.
Gloses sur le Code, Bib. Nat., ms. lat., 4517.
Gloses sur le Digestum vetus, Bib. Nat., ms. lat., 4450.
 HUGOLINUS, *Gloses sur le Digestum vetus*, Bib. Nat., ms. lat. 4461.

Sources imprimées.

- Abbreviatio Codicis*, éd. Gaudenzi, *Bibliotheca juridica medii aevi*, t. I, Additions, 1914, pp. 243 et s.
 ACCURSE, *Glose sur le Digestum vetus*, Pérouse, H. Clayn, 1476, in-f°; Milan, Antoine de Honate, 1482, in-f°; Nuremberg, G. Halvandre, 1529, in-f°.
 — *Glose sur le Digestum infortiatum*, Venise, Arrivabene, 1490, in-f°.
 — *Glose sur le Digestum novum*, Venise, Tortis, 1499, in-f°.
 — *Glose sur le Code*, Milan, Antoine de Castiglione, 1483, in-f°; Bâle, Michel Wensler, 1487, in-f°.
 — éd. Antoine le Conte, Lyon, 1584, 5 vol., in-f°.

- FRANÇOIS ACCURSE, *Casus super Institutis*, s. l. n. d., circa 1483, in-8°.
- Azo, *Summa Codicis*, Lyon, 1540, in-f°.
- *In jus civile summa*, Lyon, 1564, in-f°.
- *Lectura sive Commentaria in Codicem*, Paris, 1611, in-f°.
- *Summa Institutionum*, Lyon, 1564, in-f°.
- *Questiones sabbatinae*, éd. Landsberg, Fribourg, 1888, in-8°.
- *Brocardica*, éd. Casparus Hervagius, Bâle, 1567, in-8°.
- J. BASSIEN, *De ordine judiciorum*, éd. Tamassia et Palmieri, *Bib. jur. med. aevi*, t. II, 1892, pp. 213 et s.
- *Somme aux Authentiques*, Lyon, 1540, in-f° (à la suite de la Somme d'Azo).
- BULGARUS, *Ad Digestorum titulum « de diversis regulis juris antiqui » commentaria*, éd. Beckhaus, Berlin, 1856, in-8°.
- *De judiciis*, éd. Wunderlich, *Anecdota quae processum civilem spectant*, Göttingue, 1841, in-8°.
- *Questions discutées à l'école de Bulgarus*, éd. Patetta, *Bib. jur. med. aevi*, t. II.
- Dissenssiones dominorum*, éd. Haenel, Leipzig, 1834, in-8°.
- Distinctiones glossatorum*, dans Seckel, *Studien zur Distinktionen Literatur der romanistischen Glossatorenschule*, Berlin, 1911 (extrait du *Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martiz*).
- DAMASE, *Summa de ordine judiciario*, éd. Wunderlich, *Anecdota*.
- B. DORNA, *Summa libellorum*, éd. Wahrmund, *Quellen zur Geschichte der römisch-kanonischen Processes im Mittelalter*, Innsbrück, vol. I, fasc. 1, 1905, in-8°.
- HUGO, *Distinctiones*, éd. Savigny, *Geschichte*, op. cit., t. IV, App. VII, pp. 510 et s.
- MARTINUS, *Gloses*, éd. Savigny, *Geschichte*, t. IV, App. IV. pp. 487 et s.
- *Distinctiones*, éd. Seckel, *Distinctiones glossatorum*, op. cit., p. 316.
- MARTIN DE FANO, *Formulaire*, éd. Wahrmund, *Quellen*, op. cit., vol. I, fasc. 7, 1907.
- *Ordo judicarius*, éd. Wahrmund, *Quellen*, op. cit., vol. I, fasc. 6, 1906.
- ODOFREDUS, *Lectura in Codicem*, Lyon, 1480, in-f°.
- *Lectura in Digestum vetus*, Paris, 1504, in-f°.
- *Summa de libellis formandis, Tractatus universi juris*, Venise, 1584, 18 vol. in-f°, t. III.

- PLACENTIN, *Summa Codicis*, Mayence, 1536, in-f°.
- *Summa Institutionum*, Lyon, 1536, in-8°.
- *Summa « Placuit »*, éd. Pescatore, *Beiträge zur mittelalterlichen Rechtsgeschichte*, fasc. 5.
- *Summa « Cum essem Mantue »*, sive de accionum varietatibus, éd. Pescatore, *Beiträge*, fasc. 5.
- *Summula de verborum obligationibus*, éd. Tourtoulon, *Placentin sa vie, ses œuvres*, Thèse, Montpellier, 1896, App. 4.
- *Distinctiones*, éd. Pescatore, *Beiträge*, fasc. 2.
- *Distinctiones*, éd. Seckel, *Distinctiones glossatorum*, op. cit., p. 353.
- *Gloses*, éd. Savigny, *Geschichte*, t. IV. App. XII; éd. Pescatore, *Beiträge*, fasc. 7.
- Questiones dominorum bononiensium*, éd. Gaudenzi, *Bib. jur. med. aevi*, vol. I, Additions, 1914, p. 209 et s.
- ROGERIUS, *Summa Codicis*, éd. Gaudenzi, *Bib. jur. med. aevi*, t. I, pp. 9 et s.
- VACARIUS, *Summa pauperum*, éd. Wenck, Leipzig, 1840, in-8°; éd. Zulueta, 1927, in-4°.

D) ECOLE FRANÇAISE DES DIALECTICIENS.

Sources manuscrites.

- JEAN DE BLANOT, *Libellus super titulo institutionum de actionibus*, Bib. Nat., ms. lat. 15411 et 4703 (1).
- JEAN DE MACON (2), *Lectura super quattuor libros institutionum*, Bib. Arsenal, ms. 695.
- *Lectura super Institutis*, Bib. Mazarine, ms. 1416, f° 6-93.
- *Traité sur le droit*, *ibid.*, f° 97-262.
- *Dictionnaire alphabétique*, *ibid.*, f° 281-328.
- *De regulis juris*, *ibid.*, f° 331 et s.
- JACQUES DE REVIGNY, *Lectura super Institutis*, Bib. Nat., ms. lat. 14350.
- *Lectura super Codice*, Bib. Nat., ms. lat. 14350.
- *Repetitiones super Digestum vetus et codicem*, Bib. Nat., ms. lat. 4488 (3).

(1) Voir sur ces manuscrits, Caillemer, *Jean de Blanot*, Mélanges Appleton, pp. 53-110.

(2) Sur la personne et l'œuvre de Jean de Macon, voir Seckel, *Studien zur Distinktionen Literatur*, Berlin, 1911.

(3) Pour la description de ces deux manuscrits, voir Tourtoulon, *Les œuvres de Jacques de Revigny*, Paris, 1899, pp. 8-16.

- *Summa de Feudis*, ms. HH. I. 11. 1227. Bib. Pal. Parmensis, f^o 10-11, 16-18 (1).

Sources imprimées.

- PIERRE DE BELLEPERCHE, *In libros Institutionum commentarii longe acutissimi*, Lyon, Simon Vincent, 1536, in-12^o; Paris 1513, in-12 (2)
- *Commentaria in Digestum novum... Item repetitiones in aliquot leges Digesti et Codicis Justiniani*, Francfort, 1571, in-f^o.
- *Quaestiones aureae et singulares*, Lyon, Simon Vincent, 1517, in-8^o.
- JEAN DE BLANOT, *Traité des hommages*, éd. J. Acher, dans *Notes sur le droit savant au Moyen-âge*, extrait de la *N. R. H.*, 1906.
- CINUS DE PISTOIE, *Super Codice et Digesto veteri lectura*, Lyon, 1547, in-f^o.
- *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum commentaria*, Francfort, 1578, in-f^o.
- *Consultations*, éd. Chiapelli, dans *Vita ed opere giuridiche di Cino*, Pistoia, 1921.
- *Consultations*, éd. Monti, dans *Cino da Pistoia giurista*, 1924.
- GUILLAUME DE CUNÉO, *Super Codice*, Lyon, Simon Vincent, 1513, in-f^o.
- JEAN FAURE, *In Justiniani Institutiones juris civilis commentarii*, Lyon, 1593, in-8^o.
- *Breviarium super Codice*, s. l. n. d. in-f^o.
- PIERRE JACOBI, *Aurea practica libellorum*, Cologne, 1575, in-8^o.
- JACQUES LE MOISTE, *Repetitiones*, éd. J. Acher, *Studi Ciccaglione*, 1, pp. 190 et s.
- JACQUES REBUFFE, *Lectura super tribus libris Codicis*, Lyon, 1513, in-f^o.

E) BARTOLISTES.

- ALBERICUS DE ROSCIATE, *Lectura super II^a parte ff. veteris*, Paris, 1499, in-f^o.

(1) Voir la description du manuscrit dans Jean Acher, *Notes sur le droit savant*, extrait de la *N. R. H.*, 1906, pp. 2 et s. Nous avons pu prendre connaissance de la Somme grâce à la copie manuscrite de Jean Acher, que nous a très obligeamment communiquée M. A. Giffard, Professeur à la Faculté de Droit de Paris. Nous devons aussi à sa grande bienveillance d'avoir pu utiliser la copie, laissée par Jean Acher, de la *Lectura super Institutis*.

(2) Sur l'origine orléanaise de la *Lectura super Institutis*, appelée aussi *commentarii*, voir E. Caillemer, *Discours de rentrée*, Faculté de droit de Lyon, 1879-80, p. 46 et note; et Jean Acher, *Une question de Jacques le Moiste*, *Studi Ciccaglione*, I, p. 189.

- *Lectura aurea super VI ad IX libros Codicis*, Milan, 1492, in-f^o.
- *Lectura super Digesto veteri et novo, cum commentariis Joannis Thierry*, Lyon, 1517, 3 vol. in-f^o.
- A. ALCIAT, *Opera omnia*, Francfort, 1617, 4 vol., in-f^o.
- ANGELUS ARETINUS, *Super Institutis*, s. l. 1549, in-f^o.
- ANGELUS DE UBALDIS, *Lectura super Codice*, s. l. n. d., in-f^o.
- *Lectura aurea et peregrina super secunda ff. veteris*, Milan, 1493, in-f^o.
- *Opus ac lectura authenticorum*, s. l., 1484, in-f^o.
- R. ARSENDUS DE FORLI, *Lecturae ad Codicem*, Lyon, 1532, in-f^o.
- BALDUS DE UBALDIS, *Aurea lectura super I^a et II^a parte Infortiati*, Venise, 1486, in-f^o.
- *In nonos Codicis libros praelectiones*, Lyon, 1556, 2 vol., in-f^o.
- *Practica Baldi*, Lyon, 1521, in-8^o.
- *Tractatus de pactis*, dans *Tractatus universi juris*, VI, f^o 12 et s.
- *Tractatus de Constituto*, *ibid.*, VI, f^o 124 et s.
- BARTOLE A SAXOFERRATO, *In primam Digesti veterem partem commentaria*, 1589, in-f^o.
- *In primam Codicis partem commentaria*, 1589, in-f^o.
- *Opera omnia*, Lyon 1546-1581, 5 vol. in-f^o; Bâle, 1588, 5 vol. in-f^o.
- BARTHOLOMEUS A SALYCETO, *In primos libros Codicis commentaria*, Venise, 1586, 2 vol. f^o.
- J. CACCIALUPI, *Tractatus de pactis*, dans *Tractatus universi juris*, VI, f^o 18 et s.
- DECIUS, *In Digestum vetus et Codicem commentaria*, Venise, 1639, 3 vol. in-f^o.
- J. P. FERRARE, *Practica*, Venise, 1487, in-8^o.
- FRANÇOIS DE ACCOLTI, *Lectura super I^a parte Infortiati*, s. l. n. d., in-f^o.
- *Consilia*, Pise, 1482, in-f^o.
- JASON DE MAYNO, *Opera omnia*, Lyon, 1582, 6 vol., in-f^o.
- JOANNES DE PLATEA, *Super tribus libris Justiniani Codicis lectura optantissima*, s. l. n. d., in-f^o.
- JOANNES REMINALDI DE FERRARE, *Super I^a parte Codicis*, s. l. n. d. (circa 1483), in-f^o.
- LUDOVICUS PONTANUS, *Super I^a parte Digesti Novi*, s. l., 1496, in-f^o.
- *Super II^a parte Codicis*, s. l., 1496, in-f^o.
- PAUL DE CASTRO, *In Digestum praelectiones*, Lyon, 1564, 6 vol., in-f^o.
- *Lecturae in jus civile*, Lyon, 1568, 2 vol., in-f^o.
- *Avenionenses praelectiones*, Venise 1582, in-f^o.
- SOCINUS, *Consilia seu responsa*, Venise, 1571, in-f^o.

F) VARIA.

- AEGIDIUS DE FUSCARARIUS, *Ordo judicarius*, éd. Wahrmund, *Quellen*, op. cit., vol. 3, fasc. 1.
- ANSELMUS DE ORTO, *Juris civilis instrumentum*, éd. Scialoja, *Bib. jur. med. aevi*, t. II.
- ANGELUS DE ARETIO, *Tractatus de testamentis et omnium ultimarum voluntatum*, Milan, 1491, in-4°.
- BARBOSA, *Collectanea in Codicem justiniani*, Lyon, 1679, 2 vol. in-f°.
- BONAGUIDA, *Summa introductoria super officio advocationis*, éd. Wunderlich, *Anecdota*.
- G. DURAND, *Speculum juris, cum Joan. Andreae, Baldi... visionibus* éd. Alex. de Nevo, Francfort, 1612, in-f°.
- Formularium diversorum generum contractuum compositum Florentiae*, Bologne, 1499, in-4°.
- Juris interpretes Saeculi XIII*, éd. E. Meyers, Naples, 1924, in-4°.
- F. MANTICA, *Tractatus de conjecturis ultimarum voluntatum*, Genève, 1611, in-f°.
- J. MENOCHIVS, *De presumptionibus, conjecturis et indiciis commentaria*, Genève, 1686, in-f°.
- NEPOS DE MONTE ALBANO, *Liber de exceptionibus reorum, vulgo Fugitivus appellatus*, Lyon, 1577, in-8° (à la suite de la *Practica* de Masuer).
- Ordo judicarius, dit Curialis*, éd. Wahrmund, *Quellen*, op. cit., vol. 1, fasc. 3.
- Ordo judicarius Scientiam*, éd. Wahrmund, *Quellen*, op. cit., vol. 2, fasc. 1.
- Incerti auctoris ordo judicarius*, éd. Carl Gross, Innsbrück, 1870, in-8°.
- PILLIUS, *Liber de ordine judiciorum*, éd. Bergmann, Göttingue, 1842, in-4°.
- *Questiones aureae (Selectae questiones juris variae vere aureae*, Cologne, 1570, in-f°, f° 1-85).
- *Libellus de praeparatoriis litium et earum preambulis* éd. Palmieri, *Bibliotheca juridica medii aevi*, t. III, pp. 39 et s.
- LUDOVICUS PONTANUS, *Singularia*, Venise, 1483, in-f°.
- RAINERIUS DE PEROUSE, *Ars notaria*, éd. Gaudenzi, *Bib. jur. medii aevi*, t. II, pp. 27 et s.
- TANCREDE, *Liber de ordine judiciorum*, éd. Bergmann, Göttingue, 1842, in-4°.
- *Ordinis judicarii tractatus*, Strasbourg, 1545, in-8°.

- TIRAQUEAU, *Tractatus cessante causa cessat effectus* (*Opera*, Francfort, 1616, in-f^o, t. II)
 VITALIS DE CAMBANIS, *Clausulae*, Venise, 1483, in-f^o.

II. — Canonistes.

A) PÈRES DE L'ÉGLISE, MORALISTES ET THÉOLOGIENS DU MOYEN-ÂGE.

- ABAILARD, *Sic et non*, *Ethica*, Migne, Patrologie latine, t. 178.
 ALBERT LE GRAND, *Paradisus animae sive de virtutibus liber*. Cologne, 1578, in-f^o.
 ALGER DE LIÈGE, *Liber de misericordia et justitia*, Migne, Patrologie latine, t. 180.
 SAINT-AMBROISE, *Opera*, Migne, Patrologie latine, t. 14-17.
 SAINT-AUGUSTIN, *Lettres*, Migne, Patrologie latine, t. 33.
 — *De mendacio*, Migne, Patrologie latine, t. 40.
 SAINT-BONAVENTURE, *Opera*, Lyon, 1668, in-f^o.
 PIERRE CANTOR, *Verbum abbreviatum*, Migne, Patrologie latine, t. 205.
 CASSIODORE, *Opera* (spécialement *Variarum libri XII*), Migne, Patrologie latine, t. 69-70.
 PIERRE DAMIEN, *Opera*, Migne, Patrologie latine, t. 145.
 SAINT-GRÉGOIRE, *Opera*, Migne, Patrologie latine, t. 75-79.
 HUGUES DE SAINT-VICTOR, *Opera*, Migne, Patrologie latine, t. 175.
 ISIDORE DE SÉVILLE, *Synonymorum libri*, Migne, Patrologie latine, t. 83.
 SAINT-JÉRÔME, *Opera*, Migne, Patrologie latine, t. 22-30 (spécialement t. 23).
 PIERRE LOMBARD, *Libri sententiarum*. Paris, 1537, in-f^o.
 RICHARD DE SAINT-VICTOR, *De eruditione hominis interioris*, Migne, Patrologie latine, t. 196.
 ROBERT PULLUS, *Sententiarum libri octo*, Migne, Patrologie latine, t. 186.
 ROLAND, *Sentences*, éd. Gietl, Fribourg, 1891, in-8^o.
 SAINT-THOMAS, *Summa theologia*, Venise, 1612, in-f^o.
 — *Commentarii in Petri Lombardi sententias*, Venise, 1612, in-f^o.
 VINCENT DE BEAUVAIS, *Speculum doctrinale*, Douai, 1624, in-f^o.
 YVES DE CHARTRES, *Decretum et Pa. ornia*, Migne, Patrologie latine, t. 161.

B) DÉCRETISTES.

Sources manuscrites.

- HUGUCCIO, *Commentaires sur le Décret*, Bib. Nat., ms. lat. 3892 (1).
 MONALDUS, *Summa de jure canonico*, Bib. Mazarine, ms. 1320.
Summa Martiana Decreti et Decretalium, Bib. Mazarine, ms. 1316.

Sources imprimées.

- BARTHOLOMEUS BRIXIENSIS, *Casus Decretorum*, s. l. n. d. (circa 1488).
 ETIENNE DE TOURNAI, *Summa Decreti*, éd. Schulte, in-8°.
 GRATIEN, *Decretum*, éd. Friedberg. Leipzig, 1922, in-4°.
Glose ordinaire sur le Décret, Paris, 1510, in-f°.
 GUI DE BAYSE, *Lectura sive Rosarium*, Milan, 1508, in-f°.
Incerti auctoris quaestiones, éd. Thaner (à la suite de la *Summa Magistri Rolandi*), Innsbrück, 1874, in-8°.
 JEAN DE TORQUEMADA, *Super Decreto*, Venise, 1578, 5 vol. in-f°.
Ordo judicarius Bambergensis, éd. Schulte (à la suite de la *Summa in Decreto* de Rufin), Giessen, 1892, in-8°.
 PAUCAPALEA, *Summa in Decreto*, éd. Schulte, Giessen, 1890, in-8°.
 PIERRE DE BLOIS, *Speculum juris canonici*, éd. Reimar, Berlin, 1837, in-8°.
 ROLAND, *Summa Magistri Rolandi*, éd. Thaner, Innsbrück, 1874, in-8°.
 RUFIN, *Summa in Decreto*, éd. Schulte, Giessen, 1892, in-8°.

C) DÉCRÉTALISTES.

Sources manuscrites.

- BERNARD DE COMPOSTELLE (?), *Glose sur les Décrétales*, Bib. Mazarine, ms. 1293.
 VINCENT D'ESPAGNE, *Apparatus in Decretales Gregorii IX*, Bib. Nat., ms. lat. 3967.
 JACQUES DE TONNERRE, *In tres priores libros Decretalium*, Bib. Nat., ms. lat. 3973.

(1) Ce manuscrit donne, d'après G. Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, op. cit., p. 219, n. 18 la meilleure version pour les textes qui nous importent.

Sources imprimées.

- ABBAS ANTIQVVS, *Lectura in Decretales Gregorii IX* dans le *Tractatus perillustrium doctorum*, t. I, Venise, 1588, in-f^o.
- ALBERICUS DE ROSCIATE, *Dictionnarium juris tam civilis quam canonici*, Venise, 1581, in-f^o.
- ANTOINE DE BUTRIO, *In libros Decretalium commentaria*, Venise, 1578, in-f^o.
- BALDUS DE UBALDIS, *In Decretalium volumen commentaria*. Venise, 1595, 4 vol., in-f^o.
- BERNARD DE PARME, *Glossa ordinaria ad Decretales*, Nüremberg Antoine Koburger, 1482, in-f^o.
- *Casus longi*, s. l., 1484, in-4^o.
- *Vocabularium utriusque juris*, s. l., 1484, in-4^o.
- BERNARD DE PAVIE, *Summa Decretalium*, éd. Laspeyres, Ratisbonne, 1860, in-f^o.
- HENRICUS BOICHUS, *In quinque Decretalium libros commentaria*, Venise, 1576, in-f^o.
- Décretales de Grégoire, IX*, éd. Friedberg, Leipzig, 1922, in-4^o.
- FELINUS SANDEUS, *Commentaria super Decretales*, Lyon, 1587, in-f^o.
- GEOFFROY DE TRANO, *Summa in titulos Decretalium*, Venise, 1570, in-4^o.
- HOSTIENSIS, *In secundum, tertium, quartum libros Decretalium Commentaria*, Venise, 1581, 3 vol., in-f^o.
- *Summa aurea*, Lyon, 1548, in-f^o.
- INNOCENT IV, *Apparatus in Decretales*, Lyon, 1578, in-f^o.
- JEAN DE ANANIE, *Super secundo Decretalium libro*, Lyon, 1553, in-f^o.
- JEAN D'ANDRÉ, *In secundum Decretalium librum novella commentaria*, Venise, 1581, in-f^o.
- *Summa super secundo Decretalium*, Rome, 1472, in-4^o.
- PANORMITAIN, *Interpretationes in Decretalium libros*, Lyon, 1547, in-f^o.
- GUI PAPE, *Super Decretales lectura*, dans le *Tractatus perillustrium Doctorum*, Venise, 1588, in-f^o.
- PIERRE DE ANCHARANO, *In quinque Decretalium libros commentaria*, Bologne, 1581, 5 vol. in-f^o.
- *Consilia*, Venise, 1574, in-f^o.

D) JURISPRUDENCE ET PRATIQUE ECCLÉSIASTIQUES

Sources manuscrites.

GUILLAUME DE PARIS, *Formulaire de Guillaume de Paris*, Bib. Mazarine, ms. 1319 (1)

ROFFREDUS BENEVENTANUS, *Libelli juris civilis et juris canonici*, Bib. Nationale, ms. lat. 11724 (2).

Sources imprimées.

FABINACCIUS, *Sacrae romanae rotæ decisiones*, Orléans, 1623, 2 vol., in-fº.

Registre de l'Officialité de Cerisy, éd. Dupont, Caen, 1880, in-4º.

Registre de l'Officialité de Paris, éd. Petit, *Collection des documents inédits sur l'histoire de France*, 1919.

Liber practicus de consuetudine Remensi, éd. Varin, *Archives législatives de la ville de Reims*, Paris, 1840, in-4º, t. 1, pp. 35-144.

Decisiones Capellæ Tholosanae, éd. Corsérius avec les annotations de Stéph. Aufrerius, Venise, 1538, in-8º.

III. — Coutumiers antérieurs au XVI^e siècle.

A) PAYS DE COUTUMES

Sources manuscrites

GUILLAUME GUERPEL, *Commentaire de la coutume de Normandie*, Bib. Nationale, ms. fr. 5331.

Sources imprimées

JACQUES D'ABLEIGES, *Le grand coutumier de France*, éd. Laboulaye et Dareste, Paris, 1868, in-8º.

Coutumes locales du bailliage d'Amiens, éd. Bouthors, Paris, 1845-1853, in-8º.

Les Etablissements de saint Louis (comprenant un coutumier de

(1) Cf. sur ce ms. et sur son auteur, Tanon, *Notices et extraits*, t. 32, 2º p. p. 197.

(2) Cf. sur ce ms. Fitting, *N. R. H.*, 1905, pp. 709 et s., et Caillemet, *Quelques libelles de la France du Nord*, Mélanges Gérardin, Paris, 1907, pp. 61-74.

- Touraine-Anjou et un usage d'Orlenois), éd. Viollet, Paris, 1881-1886, 4 vol. in-8°.
- Compilatio de Usibus et Consuetudinibus Andegavie*, éd. Marnier, Paris, 1853, in-8°; éd. Beautemps-Beaupré (*Coutumes et Institutions de l'Anjou et du Maine antérieures au XVI^e siècle*, 1^{re} partie, *Coutumes et Styles*, Paris, 1877-1883, 4 vol. in-8°, t. I, pp. 43-62); éd. Viollet (*Les Etablissements de saint Louis*, t. III, pp. 117-139) (1).
- Coustumes et stilles observez et gardez es pays d'Anjou et du Maine* [de 1411], éd. Beautemps-Beaupré, *op. cit.*, t. I, pp. 385-606.
- Coustumes d'Anjou et du Maine, inlilulées selon les rubriques de Code dont les aucunes sont concordées de droit escript, ou Compilation de Claude Liger* [1437], éd. Beautemps-Beaupré, *op. cit.*, t. II, pp. 35-563.
- Les usaiges et stilles du pais d'Anjou* [1463], éd. Beautemps-Beaupré, *op. cit.*, t. III, pp. 77-111.
- Les coutumes des pais d'Anjou et du Maine* [1463], éd. Beautemps-Beaupré, *op. cit.*, t. III, pp. 171-512.
- Le livre des droiz et commandemens d'office de justice*, éd. Beautemps-Beaupré, Paris, 1865, 2 vol., in-8°.
- Coutumier d'Artois*, éd. A. Tardif, Paris, 1882, in-8° (2).
- PHILIPPE DE BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, éd. Salmon, Paris, 1899-1900, 2 vol.; in-8° (3).
- Les Coustumes de la ville et septène de Bourges, de Dun-le-Roy et du pays de Berry*, éd. G. Thaumas de la Thaumassière (*Coutumes locales du Berry et celles de Lorris commentées*, Bourges, 1679, in-f°, pp. 256-312).
- Coustumes et stilles gardeu du duché de Bourgoingne*, éd. Giraud (*Essai sur l'histoire du droit français au Moyen-Age*, t. II, 2^e partie, Paris, 1846, pp. 268 et s.).
- Le Coutumier bourguignon de Montpellier*, éd. Champeaux, Paris, 1907, in-8°.
- Ancien coulumier de Bourgogne*, éd. Marnier, Paris, 1858, in-8°.
- Coutumes générales du duché de Bourgogne*, éd. Pérard (*Recueil de*

(1) Voir sur leur auteur, P. Fournier, *Anonyme, auteur de la « Compilatio de Usibus et consuetudinibus andegavie »*, *Histoire littéraire de la France*, t. 35, 1921, pp. 613 et s.

(2) Sur ce texte, voir Paul Fournier, *Histoire littéraire de la France*, 1921, t. XXXV, p. 609.

(3) Nous avons aussi utilisé les *Œuvres poétiques* du même auteur, éd. Suchier, Paris, 1884, 2 vol. in-8°.

- plusieurs pièces curieuses servant à l'histoire de la Bourgogne, Paris, 1664, in-4°, pp. 256 et s.).
- Antiquae consuetudines ducatus Burgundiae*, éd. Bouhier, *Œuvres de jurisprudence*, Dijon, 1787-1789, 3 vol., in-f°; texte latin, t. I, pp. 181 et s.; texte français, t. II, pp. 187 et s.).
- Coutumier de Jean Vacheret*, éd. Stouff (*Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, t. XIV, 1904).
- BOUTILLIER. *Le grand coutumier et pratique du droit civil et canon observé en France, ou Somme rural*, éd. Charondas le Caron, Paris, 1603, in-4°.
- La Très ancienne coutume de Bretagne*, éd. Planiol, Rennes, 1896, in-8°.
- Li droict et lis Coustumes de Champagne et Brie*, éd. Bourdot de Richembourg (*Nouveau coutumier général*, Paris, 1724, 4 vol., in-f°, t. III, pp. 209 et s.).
- Coutumes de Charroux*, éd. Giraud (*Essai sur l'histoire du droit français au Moyen-Age*, op. cit., t. II, 2^e partie, pp. 400 et s.).
- Coutume de Chatillon-sur-Seine*, éd. Garnier, *Chartes de communes et d'affranchissements en Bourgogne*, Dijon, 1877-1878, 4 vol. in-4°, t. I, pp. 348-414).
- Ancienne coutume de Clermont en Beauvaisis de 1496*, éd. Testaud (*N. R. H.*, 1903, t. XXVII, pp. 250 et s.).
- GUILLAUME DU BREUIL, *Style du Parlement de Paris*, éd. H. Lot, Paris, 1877, in-f°; éd. Aubert, Paris, 1909, in-8°.
- Décisions de Messire Jean des Mares* [pseudo des Mares], éd. Brodeau (*Commentaire sur la Coutume de la Prévôté et vicomté de Paris*, Paris, 1669, 2 vol. in-f°, t. II, pp. 559 et s.).
- Anciennes coutumes du Nivernais*, éd. Boucaumont (*Bulletin de la Société nivernaise des lettres, sciences et arts*, 1896).
- MASUER, *Masuerii jurisconsulti galli Practica forensis*, Lyon, 1577, in-8° (éd. Fontanon, Paris, 1627, in-8°).
- Coutume, stile et usage au temps des échiquiers de Normandie*, éd. Marnier et Valroger (*Mémoires de la Société des Antiquaires de Normandie*, 2^e série, t. XVIII, pp. 1847).
- Etablissements et coutumes, Assises et Arrêts de l'Echiquier de Normandie au XIII^e siècle*, éd. Marnier, Paris, 1839, in-8°.
- Instruction et enseignements, style de procéder d'une justice seigneuriale normande (1386-1390)*, éd. Besnier et Génestal (*Bibliothèque d'histoire du droit normand*, 1^{re} série, t. III, Caen, 1912, in-8°).
- Stille et ordre de procéder au pays de Normandie (à la suite du Grand coutumier de Normandie, Rouen, 1534, in-4°, 2^e partie, f° 69 et s.)*.

- Summa de legibus Normannie in Curia laicali*, éd. J. Tardif (*Coutumiers de Normandie*, t. II, Rouen, Paris, 1896, in-8°).
- Glose sur la Summa de legibus*, éd. de 1483, s. I., in-f°.
- Très ancien coutumier de Normandie*, éd. J. Tardif (*Coutumiers de Normandie*, t. I, 1^{re} partie, Rouen, Paris, 1881, in-8°, 2^e partie, 1896, in-8°).
- Li livres de jostice et de Plet*, éd. Rapetti, Paris, 1850, in-4°.
- Coutumes tenues toutes notoires et jugées au Chastelet de Paris*, éd. Brodeau (*Coutume de la Prévôté et vicomté de Paris*, Paris, 1658, in-f°).
- Livre des constitutions démenées au Chatelet de Paris*, éd. Mortet, Paris, 1883, in-8°.
- Ancien Coutumier inédit de Picardie*, éd. Marnier, Paris, 1840, in-8°.
- Anciennes coutumes du Poitou*, éd. Minier (N. R. H., 1856, t. 2).
- Coutumes et usaiges du pays et duché de Touraine*, éd. d'Espinay (*Coutume de Touraine au XV^e siècle*, Tours, 1888, in-8°).
- Ancien coutumier de Picardie*, éd. Marnier, Paris, 1840, in-8°.
- PIERRE DE FONTAINES, *Le Conseil de Pierre de Fontaines à un ami*, éd. Marnier, Paris, 1846, in-8°.
- Coutumes du pays de Vermendois et ceulx de envyron*, éd. Beautemps-Beaupré, Paris, 1858, in-8°.
- Assises de Jérusalem*, éd. Beugnot, Paris, 1841, 2 vol., in-f°.

B) PAYS DE DROIT ÉCRIT

- Anciennes coutumes d'Alais*, éd. Beugnot, *Olim*, t. III, pp. 1458 et s.
- Coutumes d'Albi*, éd. Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français*, t. I, Appendice, pp. 84 et s.
- Statuts d'Apt*, éd. Giraud, *op. cit.*, t. II, pp. 128-184.
- Statuts d'Arles*, éd. Giraud, *op. cit.*, t. II, pp. 185-245.
- Fors de Béarn*, éd. Mazure et Hatoulet, Pau, Paris, s. d.
- Textes additionnels aux anciens Fors de Béarn*, Toulouse, 1905, in-8° (1).
- Le livre des Coutumes* [de Bordeaux], Archives municipales de Bordeaux, t. V, éd. Barckhausen, Bordeaux, 1890, in-4°.
- Coutumes de Carcassonne*, éd. Giraud, *op. cit.*, t. I, Appendice, pp. 85 et s.

(1) Sur la date et les sources de ces textes, voir Rogé, *Les anciens fors de Béarn*, thèse Toulouse, 1907. Cf. Meynial, *Le Codi et les fors de Béarn*, N. R. H., t. XXX, 1906, pp. 382 et s.

Coutumes de Montpellier, éd. Giraud, *l. cit.*, pp. 47 et s.

Coutumes de Toulouse, éd. Tardif, Paris, 1884, in-8° (1).

IV. — Jurisprudence antérieure au XVI^e siècle.

Sources manuscrites.

Recueil d'arrêts notables classé en tête de la série des registres de l'Echiquier, Archives de la Seine-Inférieure, S. B., non classé.

Registre des plaids de meubles de la mairie de Nicole-le-Couet, 1363-1365, Archives municipales de Rouen, registre bb (2).

Sources imprimées.

Arresta communia Scacarii (1276-1290; 1291-1294), éd. E. Perrot (*Bibliothèque d'histoire du droit normand*, 1^{re} série, t. I, Caen, 1910, in-8°).

Atirements et jugiés d'Echiquier, éd. Génestal et J. Tardif (*Bibliothèque d'histoire du droit normand*, 1^{re} série, t. IV, Caen, 1921, in-8°).

Décisions de jurisprudence normande, Echiquier, début du XIV^e siècle, éd. E. Perrot (*N. R. H.*, 1911, t. XXXV, pp. 189 et s.).

Jugements de l'Echiquier de Normandie, du XIII^e siècle (1244-1248), tirés du ms. du Vatican, éd. Auvray (*Bibl. de l'Ecole de Chartes*, t. XLIX).

Les Olim, éd. Beugnot, 4 vol., Paris, 1839-1848, in-4°.

Notes d'audiences prises au Parlement de Paris de 1384 à 1386, par un praticien anonyme, publiées par Olivier Martin (*R. H. D.*, 1923).

Plaids de la Sergenterie de Mortemer (1320-1321), éd. Génestal (*Bibl. d'histoire du droit normand*, 1^{re} série, t. IV, Caen, 1923, in-8°).

Questiones Joannis Galli per arresta Parlamenti decisae, éd. Dumoulin, (*Opera*, t. 2).

Registre des Parlements de Beaune, éd. Petot, Paris, 1927.

Livre des sentences du Parloir aux Bourgeois éd. Le Roux de Lincy (*Histoire de l'Hôtel de Ville de Paris*, Paris, 1846, in-8°, 2^e partie, p. 97 et s.).

Scaccarium Normannie sub regibus Francie, éd. A. L. Lechaudé d'Anisy (*Mémoires de la Société des Antiquaires de Normandie*, Paris, 1845, in-4°, 2^e série, t. XV, pp. 137-144).

(1) Cf. Tardif, *Le droit privé au XIII^e siècle d'après les Coutumes de Toulouse et de Montpellier*, Paris, 1886, 1 vol. in-8°.

(2) Nous devons à la grande obligeance de M. Genestal, Professeur à la Faculté de Droit de Paris, d'avoir pu prendre connaissance de la copie de ce registre par L. Valin, déposée à la Bib. Municipale de Rouen, ms. 91.

V. — Arrêtistes et Commentateurs des Coutumes. — Œuvres de Doctrine depuis le XVI^e siècle

Sources manuscrites.

- NICOLAS PÉRRIER, *Recueil d'arrêts rendus au Parlement de Dijon*, Bibliothèque des Avocats à la Cour d'appel de Dijon, ms. non classé.
- NICOLAS FLEUTELOT, *Recueil d'arrêts rendus au Parlement de Dijon*, Bibliothèque des Avocats à la Cour d'appel de Dijon ms. non classé.
- JEANNIN, *Recueil d'arrêts rendus au Parlement de Dijon*, Bibliothèque des avocats à la Cour d'appel de Dijon, ms. non classé.
- DE LA MARE, *Arrêts du Parlement de Dijon*. Bibliothèque des Avocats à la Cour d'appel de Dijon, ms. non classé.

Sources imprimées.

- ALBERT, *Arrêts de la Cour du Parlement de Toulouse*, Toulouse, 1731, in-8°.
- BERNARD D'AUTOMNE, *La Conférence du Droit français avec le droit romain*, Paris, 1529, in-f°.
- D'ARGENTRE, *Commentaires sur l'ancienne coutume de Bretagne*, Rennes, 1621, in-f°.
- AUZANET, *Arrêts du Parlement de Paris*, Paris, 1708, in-f°.
- FRANÇOIS BALDUIN, *Opuscula omnia (Jurisprudentia romana et attica)*. Lyon, 1738, in-f°, t.1).
- BARDET, *Recueil d'arrêts*, Avignon, 1773, in-f°.
- BOERIUS, *Decisiones Burdegalenses cum Conciliis*, Lyon, 1579, in-f°.
- BONIFACE, *Arrêts notables de la Cour du Parlement de Provence*, Paris, 1670, in-4°.
- *Suite des arrêts notables*, Lyon, 1689, in-4°.
- BOUCHEL, *La Bibliothèque ou Trésor du Droit français*, Paris, 1667, 3 vol., in-f°.
- BOUVOT, *Nouveau recueil des arrêts de Bourgogne*, Genève, 1623, 2 vol., in-4°.
- BRILLON, *Dictionnaire des Arrêts*, Paris, 1727, 6 vol., in-f°.
- CAMBOLAS, *Décisions notables sur diverses questions de droit*, Toulouse, 1671, in-8°.
- CATELIAN, *Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse*, Toulouse, 1705, in-8°.

- CHARONDAS LE CARON, *Nouveau commentaire sur la coutume de la ville, prevosté et vicomté de Paris*, Paris 1613, in-f^o.
- *Réponses et décisions du droit français, confirmées par arrêts des Cours souveraines*, Paris, 1612, in-f^o.
- DE CHASSENEUZ, *Consuetudines ducatus Burgundiae*, Dijon, 1582, in-f^o.
- RENÉ CHOPPIN, *De civilibus Parisiorum moribus ac institutis libri tres*, Paris, 1603, in-f^o.
- FRANÇOIS CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Paris, 1558, in-f^o.
- GUY COQUILLE, *Œuvres*, Bordeaux, 1703, 2 vol., in-f^o.
- DEBEZIEUX, *Arrêts notables de la Cour du Parlement de Provence*, Paris, 1750, in-4^o.
- Dictionnaire portatif de jurisprudence et de pratique*, Paris, 1763, 3 vol., in-12^o.
- DOMAT, *Œuvres*, éd. Héricourt, Paris, 1777, in-f^o.
- DEMONTHEUL, *Instruction facile sur les conventions*, Paris, 1779, in-12^o.
- DUAREN, *Opera*, Grenoble, 1608, 5 vol., in-f^o.
- DUMOULIN, *Opera*, Paris, 1631, 5 vol., in-f^o.
- ANTOINE FAVRE, *Rationalia in Pandectas*, Lyon, 1659, 2 vol., in-f^o.
- CLAUDE DE FERRIÈRE, *Institutes au droit François*, Paris, 1781, in-8^o.
- *Commentaire sur la coutume de Paris*, Paris, 1751, 2 vol., in-12^o.
- *Dictionnaire de Droit et de Pratique*, Paris, 1771.
- FLEURY, *Institution au Droit français*, éd. Laboulaye et Dareste.
- FRANÇOIS, *Observations des Coutumes de Tholose conférées au droit romain et coutumier de France*, Lyon, 1615, in-f^o.
- CLAUDE GÉRIN, *Commentarii in jus civile Parisiorum*, Paris, 1634, in-f^o.
- GROTIUS, *Le droit de la guerre et des gens*, traduction Pradier-Fodéré, t. II, 1867, in-8^o.
- GUYOT, *Répertoire de jurisprudence*, Paris, 1784, 17 vol. in-4^o.
- JÔVET, *La bibliothèque des arrêts de tous les Parlements de France*, Paris, 1669, in-8^o.
- LAUNAY, *Commentaire sur les Institutes coutumières de Loysel*, Paris 1688, in-8^o.
- DE LAURIÈRE, *Annotations sur les Institutes coutumières de Loysel*, éd. Dupin et Laboulaye.
- LHOMMEAU, *Maximes du Droit français*, Paris, 1665, in-8^o.
- LIZET, *Pratique judiciaire*, Paris, 1603, in-8^o.

- LOISEL, *Institutes coutumières*, éd. Dupin et Laboulaye, Paris, 2 vol., in-12°.
- GUY PAPE, *Décisions*, Lyon, 1607, in-4°.
- PAPON, *Instrument du parfait notaire*, Lyon, 1585, in-4°.
- *Recueil d'arrêts*, Paris, 1607, in-8°.
- POTHIER, *Œuvres de jurisprudence*, Paris, 1773, 4 vol.
- *Pandectæ justinianæ in novum ordinem digestæ*, Paris, 1748, 2 vol., in-f°.
- PRÉVOT DE LA JANNES, *Les principes de la jurisprudence française*, Paris, 1770, in-8°.
- PUFFENDORF, *De officio hominis et civis juxta legem naturalem*, Iéna, 1721, in-8°.
- RAGUEAU et DELAURIÈRE, *Glossaire du Droit français*. Paris, 1704, 2 vol., in-8°.
- RANCHIN, *Miscellaneæ Decisionum*, Genève, 1709, in-4°.
- PIERRE REBUFFE, *Responsa et consilia*, Lyon, 1587, in-f°.
- RICARD, *Legum codicis cum edictis regis et celebrioribus galliæ consuetudinibus et senatus consultis, concinnitudo et collatio*, Paris, 1558, in-4°.
- DE LA ROCHE FLAVIN, *Arrêts notables du Parlement de Toulouse* Toulouse, 1745, in-8°.
- GUY DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Recueil de jurisprudence civile des pays de droit écrit et coutumier*, Paris, 1769, in-4°.
- CLAUDE DE SERRES, *Les institutions du droit français*, Paris, 1753, in-12°.
- TRONÇON, *Le droit français et coutume de la Prévôté et vicomté de Paris*, Paris, 1652, in-4°.
- DE VEDEL, *Observations sur les arrêts de Catellan*, Toulouse, 1733, in-8°.
- CLAUDE DE LA VILLE, *Dictionnaire contenant les principales maximes et décisions du Palais*, Paris, 1692, in-8°.
- JEAN WOLFANG, *Synopsis juris gentium*, éd. Ludwig von Bar (*The classic of international Law*, v. 1, Washington, 1916) (1).

(1) Nous indiquons ici très brièvement les principaux ouvrages de référence dont nous avons fait un usage constant :

- Besta**, *Legislazione e scienza giuridica dalla caduta dell' impero romano al secolo decimosesto*, v. 1, p. 2, *Fonti, de Storia del diritto italiano pub. s. la der. de Pasquale del Giudice*, Milan, 1925, in-8°.
- Conrat**, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter*, Leipzig, 1891, in-4°.
- Rivier**, *Introduction historique au droit romain*, Bruxelles et Paris, 1872, in-8°.
- Schulte**, *Die geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts*, Stuttgart, 1875-1880, 4 vol. in-8°.
- Tardif**, *Histoire des sources du droit canonique*, Paris, 1887, in-8°.

ÉTUDE PRÉLIMINAIRE

ESQUISSE DU DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE DE LA THÉORIE DE LA CAUSE

Si l'on comprenait exclusivement l'histoire de la cause au Moyen-âge, comme l'étude des perfectionnements théoriques apportés au système hérité de Rome, on en restreindrait singulièrement la portée et l'on en fausserait le sens. On suivrait l'introduction et l'extension progressive du concept de cause finale; on marquerait ses limites et peut-être son insuccès à pénétrer dans certains actes juridiques, tels que les rapports synallagmatiques, correspondant aux anciens contrats consensuels romains. Bref, on s'attacherait à une étude de terminologie très abstraite, souvent décevante, l'équivoque étant continuelle sur le sens du mot cause.

Cette attitude aurait le tort de faire oublier que les doctrines ont vécu en dehors de l'école, qu'elles ont été portées sur le terrain de la pratique française, ou du moins qu'elles ont tenté d'y pénétrer, suscitant parfois une lutte très vive, qui laissa une atmosphère de défiance envers elles. Car c'est moins la pure doctrine d'école qui nous importe, que son adaptation aux circonstances sociales, c'est-à-dire son contact avec la pratique courante, la coutume, la jurisprudence. Ce sont les variations dans la nature de ces rapports qui marquent les grandes étapes parcourues par notre théorie.

A cet égard, l'histoire de la cause connut trois phases. Essayons de les distinguer d'un bref coup d'œil, avant d'examiner l'évolution de cette idée plus attentivement.

Dans les premières œuvres de la renaissance bolonaise, la cause est comme une protestation contre le formalisme, en même temps qu'une protection contre les accords inconsidérés ou dont la fin est illicite. Sous cet aspect, elle est proche des tendances de nos coutumiers français du XIII^e siècle; on sait combien ceux-ci redoutent le dol et la tricherie dans les conventions. Le moyen de faire apparaître le caractère sérieux et licite du consentement n'est-il pas de rechercher la cause de l'obligation?

Mais voici que, dès la seconde moitié du XIII^e siècle, et durant le XIV^e siècle surtout, l'étude des textes romains se compliquant, le monde de la pratique va se fermer à la doctrine devenue trop savante. Une nouvelle période commence dans l'histoire de la cause, où celle-ci fait figure de question d'école. Elle perd son allure simple et honnête; elle est encombrée de subtilités verbales. Rien n'est plus significatif que l'abandon du terme *naturalis* que les premiers Romanistes ne manquaient pas d'accoler au mot *causa*. C'est maintenant, dans la Glose, une formalité sans portée morale, qui s'étend des actes introductifs d'instance aux modes de preuve. Plus que sa défaillance réelle, c'est l'absence de sa mention dans les titres probatoires qui sera critiquée. Aussi la pratique accepte-t-elle difficilement cette formalité qui prête à la chicane; elle s'efforce de se garantir contre ses effets dangereux. Les coutumes la signalent brièvement, beaucoup l'ignorent.

Vienne le XVI^e siècle. La pratique a fini par s'habituer à la cause savante, et, comme la doctrine renonce à son intransigeance, un *modus vivendi* s'établit entre elles. C'est la troisième phase du développement de notre théorie. La jurisprudence reconnaît la nécessité d'une cause dans l'obligation, mais elle s'attache plus à l'intention

qu'au mot. C'est ainsi qu'elle admet la validité d'actes que l'école aurait dit sans cause.

Ces fluctuations de la pensée savante ne sont pas sans exemple. Elles se rattachent à un ensemble de faits depuis longtemps connus : à la lutte de la pratique française contre l'invasion du droit romain (1). Mais, peut-être, se comprennent-elles mieux, si l'on remarque qu'elles se relient de près aux divers aspects qu'avait pris la cause dans les textes romains, objets des commentaires. Les Romanistes distinguèrent plusieurs groupes dans ces documents, et, selon la prédominance qu'ils donnèrent à l'un ou à l'autre, ils orientèrent leurs doctrines dans tel ou tel sens. Aussi convient-il de rappeler sommairement ce que nos auteurs ont cru trouver dans le droit romain. Nous retracerons ensuite plus aisément l'évolution de la théorie de la cause.

I. — L'héritage romain

Qu'offrait le droit romain à nos juristes d'école ? De multiples applications de la cause, sans aucune vue d'ensemble. On sait que ce système s'est formé progressivement et que seule l'étude de son évolution peut expliquer son caractère tout pratique comme aussi ses lacunes. Mais nos glossateurs se soucient bien d'histoire ! Ils ne sont attentifs qu'à découvrir des rapports purement verbaux entre les textes ; ils confondent les significations les plus diverses du mot *causa* dans les lois romaines, dont seule une étude historique peut donner la clef. Essayons de nous figurer ce que les textes romains représentaient pour eux (2).

(1) Voir Meynial, *Les renonciations...*, *N. R. H.*, 1900, pp. 108-127, spécialement pp. 110-113.

(2) Il est bien entendu que nous ne prétendons nullement rechercher ce qu'est la cause en droit romain. Nous voulons seulement nous rendre compte des diverses idées que les Romanistes ont cru trouver dans les textes romains

Nos auteurs y découvrirent aisément quatre groupes de documents. Les uns touchaient à la stipulation, d'autres aux écrits probatoires (*cautio, scriptura, confessio*), l'un était relatif au pacte, certains enfin aux dations et aux donations. La cause avait dans chacun d'eux des rôles différents. Nos Romanistes ne prirent pas toujours garde que la diversité des fonctions était une conséquence de la diversité des sens du mot *causa* (1). Comme ils apercevaient plus ou moins nettement une relation verbale entre ces hypothèses, ils se contentèrent de cette constatation. Ils prêtèrent ainsi des rôles assez divers à la cause, sans s'apercevoir du manque d'unité de leur conception. C'est pourquoi leur doctrine mérite moins le nom de théorie de la cause que celui de système des actes causés.

Il est normal qu'une action soit accordée au créancier d'une promesse passée dans la forme d'une stipulation, dès que les *verba stipulationis* ont été régulièrement échangés. Mais cela peut aboutir à un résultat dolosif : par exemple, je me suis engagé à restituer une somme d'argent, croyant la recevoir bientôt à titre de prêt de la personne à qui j'ai promis de la payer; les deniers ne m'ont pas été versés. Serai-je condamné à les donner? Un texte romain, bien connu, ouvrait au débiteur l'exception de

Il est à peine besoin d'indiquer que celles-ci ne sont souvent qu'une grossière déformation des véritables institutions romaines. Sur la cause en droit romain, voir Girard, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 7^e éd., 1924, p. 479 et s.; Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2^e éd., 1928, p. 390 et surtout note complémentaire, p. 919, Huvelin, *Cours élémentaire de droit romain*, 1929, t. 2, p. 139-142. Cf. sur la cause illicite, Macqueron, *Histoire de la cause immorale ou illicite dans les obligations en droit romain*, Thèse, Paris, 1924, et le compte rendu de Giffard, *R. H. D.*, 1927, p. 321.

(1) Sur les divers sens du mot *causa*, en droit romain, on peut voir Brissaud, *De la notion de cause dans les obligations conventionnelles*, Thèse, Bordeaux, 1879, pp. 25-34, G. Boyer, *Etude historique sur la résolution des contrats*, op. cit., pp. 179-207, Capitant, *De la cause des obligations*, op. cit., pp. 124-125.

dol qui lui permettait d'échapper aux conséquences de la poursuite (1). Les interprètes du Moyen-âge y prirent l'idée que dans les actes formels l'absence de cause devait être égalée au dol, et que la solennité était impuissante à faire naître une action entièrement efficace.

Par ailleurs, une réglementation sévère de la preuve écrite voulait que chaque titre portât mention d'une cause dite antécédente, sous peine d'être réputé *indiscretus* (2). Cette cause n'était autre que le contrat, source de l'obligation constatée. Faute de cette mention, l'écrit n'avait aucune force probante et le prétendu créancier devait apporter, par tout autre mode, la preuve de la dette. En cas de prêt, le jeu de l'*exceptio non numeratae pecuniae* venait altérer le système, en imposant temporairement au prêteur la charge de prouver la numération des deniers. Nous ne disons pas que le système ainsi présenté soit entièrement celui des Romains (3), mais c'est en ce sens que nos auteurs ont interprété les textes. Ils y ont puisé le principe qu'une reconnaissance de dette devait toujours comporter la mention d'une cause, pour faire foi en justice.

La force exécutoire d'une stipulation, la force probante d'un aveu dépendent d'une cause. Voilà les premières conséquences qui découlaient de la loi romaine. Certains textes permettaient d'aller plus loin : l'existence juridique d'un pacte est liée à une cause. On lisait, en effet, dans une loi célèbre du Digeste (4) que, si une convention, à laquelle le droit civil n'a donné aucun nom, repose néanmoins sur une cause, elle donne naissance à une obligation civile. Il n'en fallut pas plus pour que les glossateurs pussent regarder la cause comme le soutien du simple pacte, qui lui donne un caractère obligatoire.

(1) *D.*, 44, 4, 2, 3.

(2) *D.*, 22, 3, 25, 4; *C.*, 4, 30, 13.

(3) Voir les observations de Girard, *Manuel*, 7^e éd., 1924, p. 527. Cf. Meynial, *Les renonciations...* *N. R. H.*, 1900, p. 128 et s.

(4) *D.*, 2, 14, 7, 2 et 4.

Enfin, dans de nombreux rapports juridiques bilatéraux, la défaillance de la cause, l'erreur sur sa nature ouvraient une *condictio* en résolution. Tel était le cas des dations et de certaines donations dites *ob causam*.

En résumé, des textes romains ne dérivait aucune théorie de la cause; et ce défaut se fera très lourdement sentir durant tout le Moyen-âge (1). Les juristes durent emprunter au langage de la scolastique les définitions de la cause pour les greffer sur les actes juridiques; par ce biais, ils parvinrent tardivement, à un semblant de construction dogmatique. Mais, il s'en faut que l'histoire de la cause se réduise à la description de ce placage fortuit de notions philosophiques sur des institutions quasi romaines. Elle est faite de l'importance prêtée successivement par le droit savant à l'une ou l'autre des conceptions, qui s'appuie sur tel ou tel groupe des textes précédemment cités. Ainsi, nous l'avons déjà dit, la cause fut d'abord une réaction équitable contre la forme; puis, les Romanistes s'attachant aux textes relatifs à la *cautio* et à l'aveu, c'est le rôle de la cause dans l'acte probatoire qui est placé en vedette. Le xiv^e siècle porte une grande attention à la *causa pacti*, voulant restreindre le champ de la doctrine canonique du pacte nu; en même temps, dans les rapports synallagmatiques, le jeu de l'action en résolution est conçu sur le modèle de la *condictio ob causam*. Telles sont les diverses significations que nous allons nous efforcer de distinguer.

II. — La cause « naturelle » des Irnériens

On saisisait mal l'aspect que prit la doctrine de la cause dans les œuvres juridiques du xii^e siècle, contemporaines

(1) Capitant, *De la cause des obligations*, op. cit. p. 124.

de la renaissance bolonaise, si on isolait celles ci de la littérature qui les précède et les entoure. Pourquoi cet appel incessant à des notions morales, ce recours constant à l'équité, le contrôle de la *ratio*, à qui l'on demande de justifier les solutions tirées des textes romains? Il semble qu'un double motif explique ces singularités. Nos œuvres sont encore proches de travaux largement diffusés comme les *exceptiones Petri*, où la déformation de la loi romaine est continuelle sous le prétexte de l'équité. Dès les premières années du x^e siècle, circule une masse considérable de fragments juridiques, catalogues d'actions, glossaires, esquisses rapides des sources du droit, où l'on élimine de la loi romaine toutes les dispositions qui paraissent trop subtiles, ou inacceptables. Surtout, dans le temps même où s'élaborent nos sommes, un large mouvement doctrinal prépare, dans les cercles ecclésiastiques, les deux œuvres capitales du xii^e siècle, théologiques et juridiques, les Sentences de Pierre Lombard et la concordance des Canons de Gratien (1). Les doctrines des Pères de l'Eglise, sur la valeur des actes humains et la gravité des engagements reviennent au jour. A côté de ce travail de recension et de combinaison des textes patristiques, se poursuit la formation des méthodes juridiques, inspirées des procédés d'interprétation appliqués aux textes théologiques (2). Est-il étrange que des juristes, dont la culture n'est pas restreinte au seul droit de Rome, aient été sensibles à cette ambiance et qu'ils aient porté leur attention sur telle théorie, qui offrait un intérêt moral?

Ils comprennent que la loi civile n'est pas tout. D'au-

(1) Cf. J. de Ghellinek, *Le mouvement théologique du XII^e siècle*, Paris, 1914, spécialement, pp. 122-150; P. Fournier, *Théologie et droit canon*, *Journal des Savants*, 1915, pp. 156-165 et 260-274.

(2) P. Fournier, *Un tournant de l'histoire du droit*, 1060-1140, *N. R. H.*, 1917, pp. 129 et s.

dacieuses formules laissent supposer qu'ils ne turent pas loin d'admettre qu'un juge devait dans ses décisions préférer l'équité au droit écrit. N'exagérons rien. Simple interprète, le juriste reste soumis à la loi qu'il commente. Jamais les Irnériens n'ont voulu rompre franchement avec le droit romain qu'ils ressuscitaient. Mais ils ne lui accordent qu'un respect apparent. C'est ainsi qu'ils connaissent les formes contractuelles légales, comme la stipulation et le contrat *litteris*; mais, en les adoptant, ils corrigent leurs dangers. Ces deux actes donnent droit à une sanction; leur légitimité est provisoirement respectée, grâce à l'octroi d'une action. Satisfaction illusoire ! Car, si le créancier ne démontre pas que l'obligation a un fondement sérieux, en dehors des paroles échangées ou des formules écrites, il n'obtiendra pas la condamnation de son débiteur. La stipulation aura beau avoir été passée en une forme impeccable : une cause naturelle lui manque, suivant le langage des Irnériens. Le but économique que recherchait le promettant en s'obligeant, fait défaut.

C'est un résultat, lourd de conséquences, puisqu'il ruine l'autorité du formalisme. Il est d'ailleurs directement inspiré de la loi romaine. Mais nos Sommes lui ont prêté une importance capitale, si bien que parfois leur langage est plus absolu que celui des textes originels. Le droit romain parlait d'une exception de dol ouverte au défendeur; au temps d'Irnérius, par une déformation inconsciente, on en vint à parler de nullité directe de l'acte sans cause.

Cette sanction nouvelle n'est pas, cependant, le trait essentiel de la doctrine. Il réside, à notre sens, dans la conception toute équitable du fondement donné à l'obligation, celle-ci fût-elle née d'un contrat formel. Par là ont été rapprochées des institutions qui s'étaient juxtaposées dans l'histoire du droit romain, sans aucun lien apparent. Quand une personne réclame son dû, elle invoque géné-

ralement à l'appui de sa prétention un acte, par exemple une dation, dont elle a fait bénéficier antérieurement son adversaire; elle se prévaut, disent nos Sommes, d'une cause naturelle. Parfois, il arrive qu'elle puisse agir, sans avoir rien fait en faveur de celui à qui elle s'adresse : c'est le cas d'une donation; il suffit que l'acte ait été dressé conformément aux prescriptions légales. On dit que l'intention de donner sert de cause naturelle à l'obligation du donateur. Voilà le double fondement général de l'obligation : un acte économique, ou une intention libérale. C'est une base toute naturelle. Mais, nous l'avons dit, la loi civile offre des artifices permettant de s'engager, tels que le prononcé ou l'écriture d'une formule rituelle. Eux non plus n'échappent pas à la nécessité d'une cause naturelle, seulement ils y sont soumis plus indirectement que les procédés que nous venons de décrire. La forme donne à l'acte son existence, mais non sa validité qui dépend d'une cause naturelle.

On voit le véritable caractère de cette dernière notion. Elle assure le triomphe de l'équité sur le droit strict. Il est choquant qu'une personne soit astreinte à livrer une chose, si son co-contractant n'a rien fait qui puisse mériter pareille faveur; la cause tend à corriger l'apparence suspecte d'une dation sans contre-partie.

Cette conception simple, équitable, pénètre dans des œuvres qui ne sont pas sorties de l'école, telles que le *Codi*; par cette voie, elle est largement répandue dans le Midi de la France et jusque dans certaines régions coutumières. Il est malheureusement impossible de jalonner les étapes de sa diffusion. Nous pouvons seulement constater que dans nos premiers coutumiers du XIII^e siècle, des tendances très analogues se sont fait jour. On a remarqué combien était pressant le besoin d'une protection du débiteur, dans une société désorganisée, où la popu-

lation peu instruite était une proie offerte au trafiquant ou à l'usurier (1). Aussi tous les modes de protection du contractant qu'avait imaginés la loi romaine, sont renforcés par le jeu de la cause. C'est une règle, que la convention dont la fin est illicite ou immorale n'est pas à tenir. Nous montrerons toute l'ampleur que le droit canonique a su donner à ce principe, en conseillant l'inexécution de toute promesse dolosive. Mais il n'y avait là qu'une barrière insuffisante. Que d'accords douteux, inconsidérés qui ne rentrent pas dans les notions d'actes illicites ou immoraux ! Les œuvres coutumières plus raffinées y prendront garde. Beaumanoir arrivera à un système complet de protection, donnant au juge le pouvoir d'éliminer l'acte abstrait, comme suspect de fraude.

III. — La défense procédurale contre l'acte abstrait au XIII^e et au XIV^e siècle.

L'équité naturelle luttant contre le formalisme avait suscité dans le monde des Romanistes une théorie de la cause simple, utile, protectrice de la vraie volonté des parties, en rapport certain avec les premières formations coutumières françaises.

Mais bientôt la théorie dévia. Comme le droit n'est considéré que sous la forme de l'action qui le sanctionne, la cause passa dans les actes de procédure. Cette transformation était amorcée par la doctrine irnérienne. Pour celle-ci, avons-nous remarqué, la cause n'est pas une condition d'existence d'une stipulation, mais seulement une condition de validité. C'est au moment de l'exécution en justice d'un pareil acte, que l'on se préoccupe de recher-

(1) Meynial, *Remarques sur les traits originaux de l'ancien droit privé français*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, t. 4, 1923, p. 419.

cher s'il est soutenu par une cause naturelle. Est-il étonnant que les Romanistes du XIII^e siècle aient accentué le système, qu'ils aient fini par s'intéresser exclusivement à l'action qui dérive d'un contrat, oubliant la formation de l'obligation? Naturellement, leur effort se porta sur le mode d'introduction de l'instance, le libelle, et sur les preuves : ils s'attardent sur tout un groupe de textes romains que les Romanistes Irnériens avaient déjà aperçu, mais sur lesquels ils étaient passé vite; ce sont ceux, tant au Digeste qu'au Code, qui définissent le rôle de la *causa* dans l'écrit. Ce sont eux qui dans la Glose seront le centre de la doctrine de la cause.

Il n'y aurait eu aucun mal à cette transformation de la doctrine, si sa signification ne s'était pas altérée. Mais on se perd dans la chicane; dans l'exception basée sur le défaut ou le caractère illicite de la cause, on ne voit plus une protection accordée au défendeur, mais une embûche tendue au demandeur.

*

Il n'est pas niable que de grands perfectionnements techniques ont été accomplis durant cette période. Ainsi, le jeu d'une action générale, comme la *condictio certi*, apte à sanctionner toute créance portant sur un objet certain fut amplement décrit, dès l'époque Placentinienne. C'était une question capitale pour des gens qui identifiaient l'obligation à l'action née d'elle. De plus, l'affirmation du caractère général d'une action n'était pas sans rapport très étroit avec le problème de la cause. S'il suffit, pour donner droit à une action, qu'une dette ait un objet certain, le demandeur n'a pas à se préoccuper des autres caractères de la source de l'obligation; qu'importe que celle-ci soit sans cause, puisque c'est de son objet seul que dépend l'octroi de l'action. La Glose dut montrer qu'il

n'y avait pas une correspondance nécessaire entre l'action générale et l'obligation détachée de sa cause : la dette pouvait être causée et l'action rester générale.

A côté de ces discussions sur le caractère des actions, l'intérêt se portait sur la question de la validité de l'écrit et sur la dérogation apportée au régime normal de la preuve par l'*exceptio non numeratae pecuniae*. Finalement fut constitué un système complet et pratique de défense contre l'acte dont la teneur est restée abstraite. Obstacles sur obstacles sont placés durant tout le cours de la procédure pour faire échouer le demandeur qui poursuit la reconnaissance en justice d'une obligation sans cause. Ce résultat est atteint non plus seulement par une contestation du défendeur, comme dans le système romain, mais par le jeu de règles procédurales dont le juge est constitué gardien : règle du libelle causé, du témoignage causé, de l'écrit causé.

Tout cela aurait pu constituer un grand progrès. Mais l'utilisation de cette technique trop savante confinait à la rouerie. La loyauté risque d'être prise en défaut. Il semble que chaque acte d'une instance tende un piège au demandeur ignorant ou mal servi par son avocat. Que de ressources pour le défendeur habile : exciper du défaut de cause du libelle, de l'écrit, du témoignage, avant d'en venir à une contestation sur le fonds ! Le juge peut aussi se jeter dans la dispute, car on lui a reconnu le droit de rechercher à tout instant la cause de l'obligation. Son rôle devrait être de protéger la bonne foi ou la sincérité de l'engagement. Nous craignons que, dans ses pouvoirs, il n'ait trop souvent cherché le moyen de faire respecter des formalités brutales, dont il ne saisissait pas la portée.

Ces constatations ne doivent pas surprendre. On a, depuis longtemps, montré comment, à partir de la seconde moitié du XIII^e siècle, au XIV^e siècle surtout, le droit romain avait dévié de la direction première où l'avait

engagé la renaissance irnérienne, pour être confiné dans une étude fermée, presque hermétique, ouverte aux seuls initiés, de plus en plus éloignée de la conscience juridique populaire (1). Que l'on est loin de l'époque où il suffisait de traduire une somme composée à l'école, pour en faire un manuel pratique, accessible au grand public ! Dans une œuvre savante du xiv^e siècle, l'homme du vulgaire serait perdu ; c'est comme un droit et une procédure mis au service de celui qui peut recourir à l'avocat le plus retors. La cause participe à cette déviation ; c'est un mot sans portée morale, dont l'absence ou les défauts sont guettés par le procédurier le plus habile.

*

Cette doctrine s'étend hors du cercle des Romanistes. Le droit canonique lui aussi est contaminé par cet esprit nouveau ; la chicane y prend pied et les préoccupations morales passent temporairement au second plan. On s'y efforce de copier le droit romain. Les commentateurs veulent façonner tout acte sur un exemple emprunté à Rome : le serment est maintenant conçu sur le modèle de la stipulation. Les Décrétales font écho à la loi romaine ; la cause est réduite à n'être qu'une mention d'un écrit ou d'un libelle, de laquelle dépend la force probante ou l'admission en justice de ceux-ci. Que doit contenir l'acte notarié pour faire preuve ? A quelles conditions l'aveu simple peut-il faire foi en justice ? Voilà les problèmes, sur lesquels s'accumulent les controverses. C'est à qui rusera avec la loi canonique, pour prendre avantage en justice sur son adversaire.

Et ce n'est pas l'opposition systématique qui va, dès les premières années du xiv^e siècle, dresser les Dialecti-

(1) Meynial, *Les renonciations*, N. R. H., 1900, p. 111 et s.

ciens français contre les Glossateurs, qui ranimera l'intérêt moral disparu de la lutte contre l'acte abstrait. Chose étrange ! Toutes les conquêtes de la cause : son admission dans la stipulation et le contrat *litteris*, le soutien qu'elle donne à l'aveu verbal, considéré comme une source d'obligations par les canonistes, sont contestées par l'école française.

Elle accorde bien, suivant la loi romaine, qu'un écrit constatant une obligation doit contenir mention d'une cause; elle ne refuse pas au défendeur à l'action *ex stipulatu*, le droit d'exciper de dol. Mais il lui semble que tous les progrès réalisés par ses devanciers sont faux, car, par une grossière confusion, ils tendent à appliquer à l'acte créateur d'obligation des règles valables et explicables seulement pour l'acte probatoire. Il est naturel que l'écrit dressé par un notaire, pour constater l'obligation d'un vendeur par exemple, relate sa cause, c'est-à-dire la source d'où est née l'obligation. Et la loi romaine n'a fait qu'exprimer cette règle de bon sens, qu'elle a déformée dans certaines circonstances, pour déjouer la fraude. Pourquoi, demande Jacques de Revigny, vouloir soumettre au même régime, l'acte créateur de dette, tel que la stipulation? N'est-il pas assez fort pour ne dépendre que de lui? A quoi sert de le rattacher à une autre opération juridique? Afin, dit-on, de mieux montrer qu'une personne ne s'engage que pour atteindre tel ou tel résultat. Mais il est bien inutile qu'elle exprime sa pensée dans son acte d'engagement. N'est-il pas plus simple de présumer que personne ne s'engage sans cause? Si, par hasard, quelqu'un l'avait fait, il trouverait dans l'exception de dol conçue à la romaine, un remède bien suffisant.

C'était encore accentuer le caractère procédural de la cause, puisque c'était la réduire à n'être qu'une mention dans un titre probatoire.

Mais les Bartolistes reprirent l'avantage sur les Dia-

lecticiens français. Ils firent apparaître la nature du lien qui unissait l'acte formel à sa cause : ce n'est pas un rapport accidentel de succession, mais bien une relation de cause finale à effet, dont la nécessité ne peut plus être mise en doute.

IV. — La cause, soutien de l'obligation née du pacte, chez les Canonistes

Ces disputes sur l'introduction de la cause dans les actes de procédure, ne doivent pas faire oublier qu'un travail autrement fécond était poursuivi par tout un groupe des auteurs savants. Il tendait à faire de la cause non plus seulement une arme de défense contre les actes formels, mais le soutien des obligations nées de simples accords de volonté. Les artisans de ce progrès furent les canonistes, entièrement détachés de tout formalisme. On sait que, dès la fin du ^{xiii}e siècle, certains d'entre eux étaient arrivés à faire produire un effet juridique au pacte simple, et qu'une barrière avait dû être mise à la reconnaissance des actes illicites. Le plus gros danger, sans doute, était écarté. Il restait que très souvent l'incertitude devait planer sur l'existence même de la convention : était-ce bien dans l'intention de s'obliger que telle personne avait prononcé telle parole ? Était-ce une véritable promesse, ou seulement un mot imprudent, en l'air ? On convint que dans toutes les hypothèses où il serait possible de discerner un consentement sérieux, donné en vue de s'engager, une action serait accordée au créancier. C'était reconnaître aux seuls pactes fondés sur une cause véritable, le pouvoir d'obliger. Tel est le sens général de la doctrine canonique sur la *causa pacti*.

Bien avant elle, on avait prononcé le mot de cause à propos du pacte, voire de la promesse. Ce n'est pas ici le

lieu de rechercher si, comme on le prétend très vraisemblablement, il n'y a entre ces diverses applications de la cause qu'une parenté verbale, sans lien réel. Il suffit que nous puissions mettre en pleine lumière l'idée maîtresse qui anime tout le système canonique : la volonté des parties, pour être juridiquement sanctionnée, ne suppose aucune forme légale. Il est de même inutile qu'un contractant ait déjà exécuté une prestation pour pouvoir réclamer l'accomplissement de l'obligation qui est à la charge de son adversaire. Il suffit que l'accord de deux personnes soit dirigé vers un but, tel qu'il mérite une protection juridique. Peut-être présentons-nous avec une netteté trop tranchante des conceptions restées plus indécises, encore mal dégagées de leur gangue romaine.

Mais un point capital reste acquis : une nouvelle fonction est assignée à la cause. Elle complète celle que les premiers Romanistes lui avaient donnée. Peut-être s'allie-t-elle avec l'idée exprimée à la fin du ^{xiii}e siècle, par un de nos coutumiers, la *Summa de legibus* Normande : « *nemo debitor constituatur nisi causa precesserit legitima promittendi* ». Les canonistes ont fait de la cause le substitut de la forme. D'arme de défense contre l'acte formel, elle est devenue le soutien de l'accord des volontés dans tous les cas où celui-ci n'est pas coulé dans un moule contractuel.

V. La cause équitable de la jurisprudence française

La doctrine savante étonne et déroute moins la pratique française à partir du ^{xv}e siècle. Les hommes de loi ont étudié à l'école : nombre d'entre eux sesouviennent des leçons qu'ils ont entendues dans leur jeunesse aux Universités italiennes. La procédure s'est romanisée. Les premières éditions de nos anciens coutumiers, *Summa de legibus*,

Très ancienne coutume de Bretagne, afin de tenir à jour le texte qu'elles divulguent, le font suivre de gloses fortement empreintes de l'esprit savant.

Mais le droit des Romanistes est loin d'avoir tout submergé. Il a dû faire bien des concessions à la pratique, et, comme il est moins intransigeant, il soulève une résistance moins forte. Pourtant, la défiance persiste à son égard. Au sein des Romanistes, Jean Faure ne ménage pas ses invectives contre les Docteurs. Rappelons-nous le mépris de Guy Coquille pour les raffinements doctrinaux et son sens de la simplicité honnête ! Si les esprits n'éprouvent plus une répulsion instinctive pour les dispositions de la loi romaine dont ils ont pénétré le sens, ils n'en gardent pas moins une méfiance pour la dialectique abusive, et la subtilité qui tourne à la rouerie. Ils sont hostiles au néo-formalisme qui réduit la portée de notre théorie à la mention du terme « *causa* » dans les actes probatoires.

Ces exagérations et ces déviations de la loi romaine ne devaient pas plus l'emporter à la fin de notre ancien droit que durant le Moyen-âge.

Les principaux meneurs de la lutte furent les Parlements. La défense de la Coutume fut en général plus faible, elle sanctionna les conquêtes de la pratique antérieure. A la renonciation à l'*exceptio non numeratae pecuniae*, succéda le rejet de ce moyen, dès que la coutume fut assez forte pour s'insurger contre le droit romain. Mais, cet exemple à part, la coutume laissa faire.

Notre jurisprudence fut plus active : elle fit un choix parmi les idées romaines et n'en retint que ce qui lui parut s'accorder avec la bonne foi. Ainsi, il est honnête qu'une obligation repose sur une cause. Mais ne soyons pas plus exigeants, ne demandons pas qu'en tout acte écrit figure la mention de cette cause. Pourquoi enlever tout effet probatoire à un billet sans cause, consenti peut-

être par un créancier ignorant? Mieux vaut rechercher l'intention des parties, que s'en tenir au critère formel de la présence d'une mention de cause dans un acte écrit. Voilà un exemple du sans-gêne avec lequel nos Parlements traitent, on devrait dire maltraitent, la doctrine Romaniste. Ils découpent en elle tout ce qui leur paraît s'accorder avec le sentiment juridique de l'époque et les besoins de la vie commerciale : si la cause gêne les transactions, on la rejette; s'il paraît abusif de priver d'effet un billet où elle est oubliée, on passe outre. Ce doit être une arme contre la malhonnêteté, non un artifice de procédure avec lequel on peut ruser pour déjouer un adversaire confiant.

VI. — L'ordre naturel des conventions

On eût pu se contenter de relever les résultats du travail jurisprudentiel : l'analyse et le classement des arrêts rendus par nos Parlements permettaient de dresser le tableau des actes juridiques, où jouait la cause. Les praticiens auraient été satisfaits, étant plus soucieux du rôle pratique que de la définition dogmatique de notre théorie.

Mais au xviii^e siècle, on ne pense plus en praticien et on écrit pour un public nouveau, qui eût été mécontent d'une énumération rebutante des applications de la cause. Le commentateur cède le terrain au doctrinaire. Domat ami des philosophes, part à la recherche de l'ordre naturel des conventions.

De plus, un enseignement nouveau s'est organisé à l'Université, celui du droit français : il est moins pressant de dresser un répertoire à l'usage du praticien que de composer un cours accessible à l'étudiant. Pris au dépourvu, les professeurs tentent d'extraire des ouvrages récents des notions simples, bien enchaînées, qui remplacent les classements lentement élaborés par les écoles médiévales. A l'étude des diverses catégories contractuelles romaines

s'est substituée celle des éléments constitutifs du contrat : il faut, pour des motifs pédagogiques faciles à comprendre, enfermer chacun d'eux dans une définition simple et précise. Esprit de synthèse des juristes philosophes, méthode des professeurs de droit français, tous deux s'orientaient vers la construction d'une doctrine du contrat. Ces raisons commandèrent la rupture avec le système classique des actes causés, plus ou moins bien groupés autour de l'idée de cause finale par les Bartolistes.

Or, l'ordre naturel des conventions suppose une triple base : le consentement, l'objet, la cause. Chacun de ces éléments est soumis à une analyse entièrement juridique. La cause n'est plus un concept d'allure philosophique greffé accidentellement sur un texte de droit, elle n'est plus une partie de la division pseudo-aristotélicienne des causes. C'est une idée propre à des juristes, limitée à l'obligation. C'est la conception même du Code civil.

*

Telles sont les grandes étapes parcourues par notre théorie. Elle n'est pas restée exclusivement confinée dans les écoles savantes, mais sous sa forme simple, honnête, conforme au tempérament français, elle a pris une large place dans nos coutumiers et notre jurisprudence. C'est une constatation capitale pour qui veut saisir sa fonction historique; elle servit à battre en brèche l'acte formel et à soutenir l'obligation née du simple consentement. Nous avons exagéré à dessein les séparations et les oppositions entre les diverses périodes de son développement, sans avoir, croyons-nous, déformé ou trahi les documents qui nous la révèlent. Leur étude plus attentive nous permettra de rectifier ce qu'une esquisse sommaire peut avoir de trop schématique.

PREMIÈRE PARTIE

**Les actes causés dans les doctrines savantes
du Moyen-Age**

INTRODUCTION

Comme ils ne séparaient pas nettement l'obligation de l'action qui la sanctionne, Romanistes et Canonistes étudièrent peu le rôle de la cause lors de la formation d'une convention, ils considérèrent surtout le moment de l'exécution judiciaire de celle-ci. A quelles conditions un juge reconnaîtrait-il le bien-fondé d'un engagement? Fallait-il qu'outre la régularité formelle du contrat, le demandeur démontrât le fondement économique ou moral de celui-ci?

Cette manière analogue d'entendre le problème de la cause rapprocha les doctrines romanistes et canoniques, au point qu'il est difficile de les distinguer. Telle phrase d'une somme canonique ne s'explique que par son contexte romain; Hostiensis développe les conséquences du système d'Azo.

Il est néanmoins plus clair et plus conforme à la vérité de séparer le courant romaniste du courant canonique. Ce dernier, beaucoup plus libre à l'égard des textes romains, ne craignit pas de se détacher entièrement du formalisme; c'est pourquoi la cause devait y prendre une portée qu'elle n'eut jamais dans les œuvres des glossateurs. Il sied donc de l'étudier à part, sans l'isoler pourtant de la pensée romaniste.

SECTION PREMIÈRE

La cause dans les doctrines des Romanistes

Il serait faux de parler d'une conception de la cause qui se perfectionnerait dans les écoles successives des Romanistes. L'évolution fut plus complexe. Où trouver dans l'amas informe des Gloses ou dans les constructions des Bartolistes, l'expression d'une pensée une? Ce qui donna des traits communs à certaines doctrines, ce n'est pas une unité d'idées qui n'exista jamais, fût-ce entre auteurs d'une même époque, mais plutôt une manière semblable de comprendre le rôle de la cause. A cet égard, les affinités entre les théories permettent de les grouper sous quelques chefs : œuvres des Romanistes Irnériens, des Glossateurs, des Dialecticiens français, des Bartolistes.

Mais ce classement peut sembler illusoire. A l'intérieur d'un même groupe, les auteurs hésitent sur de nombreux points; ils ne s'entendent ni sur la définition de la cause, ni sur les rapports entre les divers actes causés. Il semble qu'il faille remonter à chaque auteur pour l'étudier à part, au risque de se disperser. On n'obtiendrait encore qu'une précision décevante; comment écarter le soupçon de plagiat qui pèse sur toute œuvre savante du Moyen-âge, pour attribuer la paternité d'une idée au romaniste, chez lequel on l'a découverte? Mieux vaut, au prix de multiples erreurs de détail, tenter d'analyser l'esprit qui anima les divers systèmes, en dégagant la fonction qu'ils prêtèrent à notre institution.

CHAPITRE I

LA CAUSE FONDÉE SUR L'EQUITÉ D'APRÈS LA DOGMATIQUE IRNERIENNE

A l'époque d'Irnerius, une part très large est faite à l'équité parmi les sources du droit (1). On peut hésiter à expliquer cette prédominance d'idées morales dans les Sommes du ^{xiii}e siècle par l'influence de la littérature canonique ou même théologique (2); peut-être, faut-il y voir seulement le souvenir d'œuvres juridiques antérieures, comme le *Petrus* (3). Mais le fait subsiste : c'est une règle que les actes juridiques, bien qu'ils soient réguliers *jure civili*, ne deviennent parfaits que s'ils s'accordent avec l'*aequitas*. La loi civile est libre d'imposer à une institution une forme, si arbitraire soit-elle, dont son

(1) Sur le rôle de l'équité dans les Sommes attribuées à Irnerius, voir Zeijlemaker, *op. cit.*, pp. 199-201; Fitting, *Anfänge des Rechtschule von Bologna*, 1888, pp. 177 et ; *Summa Codicis* (éd. Fitting), Introduction, § 27. Cf. Meynial, compte rendu de l'ouvrage de Zulueta, *Vacarius, Summa pauperum*, *N. R. H.*, 1928, pp. 487-492.

(2) Sur la légende d'Irnerius, théologien, admise par Grabmann, *Geschichte der Scholastischen Methode*, t. I, pp. 131-134, voir J. de Ghellinck, *Le mouvement théologique*, *op. cit.*, p. 84.

(3) D'après certains textes, le juge devrait dans chaque espèce s'inspirer de l'équité plutôt qu'à la loi civile. Voir, par exemple, *Summa Codici* (éd. Fitting), I, 14, §§ 6, 7 : *Legitima precepta tunc demum a iudice admittuntur, cum ad equitatis rationem accomodantur*. Sur la contradiction existant entre ce texte et l'opinion normalement attribuée aux glossateurs, voir Meynial, *Encore Irnerius*, *N. R. H.*, 1897, pp. 352, note 3 et 354, note 1.

existence dépende, mais elle ne saurait vouloir que, dans ses résultats, elle blesse l'équité naturelle (1). Si la formation d'une convention est affaire de pure technique abandonnée au droit civil (2), sa force exécutoire est sujette à des conditions qui relèvent de l'*aequitas*, car elle peut entraîner un déplacement de valeur injustifié : c'est pourquoi la stipulation est assujettie à une cause.

Mais, dans nos Sommes, le rôle de la cause n'est pas limité au seul exemple du contrat formel; il s'étend à des actes qu'en apparence tout sépare, comme le pacte, le chirographe et le *mutuum*. Peut-on parler dans le même sens d'une cause du pacte et d'une cause de la stipulation? Pourtant, c'est toujours le même adjectif *naturalis*, qui est joint au mot *causa*, la même définition qui en circonscrit les éléments, car l'idée commune d'*aequitas* est à la base de ces rapprochements.

Peut-être, l'étude des caractères de la cause dans chacune de ses applications et de la sanction qui frappe son absence fera-t-elle apparaître l'unité de la conception irnérienne.

I. — Cas d'application et définition de la cause

Rien n'est plus dissemblable pour qui s'en tient au droit romain classique qu'un pacte, une stipulation, un chirographe, un *mutuum*. Est-il chose plus différente qu'une convention par elle-même invalide, une forme contractuelle obligatoire, un écrit probatoire, un contrat réel?

Dans la technique de nos Sommes, ces différences sont

(1) Glose d'Irnerius, d'après Odofredus, sur *D*, 1, 1, 6 (éd. Savigny) : *Jus civile est quod neque a jure naturali vel gentium in totum recedit, nec per omnia ei servit; cum ergo a jure aliquid additur vel detrahitur juri communi, illud jus civile efficitur.*

(2) Glose d'Irnerius sur *D*., 2, 14, 27 § 2 (éd. Besta), à propos de la stipulation : *Cum ipsum factum stipulationis, id est conceptio verborum civili jure sit inventum,*

partiellement atténuées. On y distingue mal la double fonction de l'acte écrit, moyen de preuve ou source d'obligation. Le chirographe remplaçant le contrat *litteris* désuet, est devenu le pendant de la stipulation; il est donc naturel de rapprocher ces deux actes. Par contre, le pacte n'a pas changé de caractère, il est resté l'accord de volonté privé d'action, à moins qu'une cause, *datio* ou *factum*, ne le renforce. Comment les Romanistes peuvent-ils songer à mettre la stipulation sur le même pied que lui, au point d'exiger que tous les deux reposent sur une cause naturelle?

C'est qu'ils ont remarqué que ces actes comprennent un élément commun : une convention. En soi, celle-ci est inefficace. Pour qu'elle donne naissance à une action, il est indispensable qu'elle perde sa nature originelle, qu'elle se transforme soit en un contrat innommé, soit en un acte formel. Dans le premier cas, sa validité dépend d'une cause dite naturelle, et elle est définitive; dans le second, l'adjonction d'une forme lui confère une valeur instantanée, mais provisoire. Si une cause naturelle ne s'y ajoute, la convention formelle ne donne droit qu'à une action sans portée, qui n'entraîne pas la condamnation du débiteur. On voit donc qu'aucun contrat ne peut se passer d'une cause naturelle. C'est le titre seul auquel celle-ci intervient, qui varie selon qu'il s'agit d'un pacte ou d'une stipulation.

Etudions les diverses applications de notre institution.

*
* *

Dans les deux hypothèses du pacte et du *muluum*, les Romanistes Irrériens, sans innover, s'attachèrent à préciser le sens de la cause, toujours douteux dans les œuvres de leurs devanciers.

Dans la littérature préirnérienne et jusque dans certains recueils de droit populaire du temps d'Irnerius, la définition du pacte empruntée directement aux sources romaines (1), ne laisse apercevoir ni la valeur juridique qui lui est reconnue, ni le sens que peut y prendre la cause. Dans les *Exceptiones Petri*, le pacte simple n'est relevé de son inefficacité que s'il est coulé dans le moule d'une forme (*stipulatio*) ou accompagné d'une constitution de fidéjusseurs ou de gage, ou s'il est adjoit *in continenti* à un contrat de bonne foi, ou s'il a lieu en vue d'une dot (2). Le *Libellus de verbis legalibus* ne se préoccupe même pas d'opposer, quant à leur sanction, le pacte au contrat. Il semble seulement les distinguer par leur domaine d'application, ce dernier comprenant des actes comme le mariage qui ne peuvent rentrer dans le cadre des pactes (3). Les glossaires restent muets sur ceux-ci (4). Seuls le *Brachylogus* (5) et l'*Epilome exactis regibus* (6) ont signalé que l'accomplissement d'une *datio* ou d'un *factum* pou-

(1) *Libellus de verbis legalibus* (éd. Fitting), 9: *Pactum a pactione dicitur, ... et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus.*

(2) *Exceptiones Petri* (éd. Savigny), IV, 28 : *Si vero nec stipulatus sum nec fidejussores, nec pignus dedisti, sed tantum ex nudo pacto promisisti..* IV, 26 :... *Et ita nudum pactum... nunquam prodest ad agendum, nisi in actione tantum vel de constituta pecunia data pecunia et in bonae fidei contractibus, cum pactum sit ex continenti, veluti cum vendo tibi mulam meam et in ipsa traditione paciscor ut liceat me equitare eam usque Romam, et in promissione dotis, quam promissor cogitur solvere, si certa sit promissa.* Sur ces textes, et sur IV, 28; IV, 54, voir Seuffert, *op. cit.*, p. 35. Le fragment II 12 reconnaît la validité de la donation, comme simple pacte, même en l'absence de tradition de la chose.

(3) Voir la note 1. Cf. aussi, *Libellus*... 9: *Contractus est duorum vel plurium in idem consensus... sicut nuptiae et emptio.*

(4) Glossaire (éd. Conrat) : *Pactum conventum.*

(5) *Brachylogus* (éd. Böcking), 3, 8 :... *Ex solo pacto quisque non obligatur civiliter, nisi res, id est dare vel facere, sequatur... re autem secula, id est dare vel facere, is, qui accepit, obligatur ad dandum vel faciendum.*

(6) *Epilome exactis regibus* (éd. Conrat), 8, 3 : *Pactum nudum dicitur quod ab omnibus sollempnitatibus juris est destitutum, id est sollempnitate verborum... et conceptione litterarum... et nudum similiter dicitur a causaque potest sufficere ad perfectam obligationem, ut cum do ut des, facio ut facias do ut facias, facio ut des.*

vait rendre obligatoire la convention, que l'on interprète celle-ci comme un contrat réel ou comme un accord de volontés soutenu par une *causa*. Faute de cet élément, le pacte n'est pas radicalement nul, car on peut exciper de son existence; peut-être fonde-t-il une obligation naturelle (1).

Quant au *mutuum*, si sa nature juridique n'est pas douteuse, l'explication qu'on en propose parfois est étrangère au droit romain. L'*Epitome exactis regibus* voit dans la numération des deniers le signe qu'un créancier s'engage à suivre la foi d'autrui (2); c'est comme un symbole manifestant la volonté des parties. Mais généralement le *mutuum* est regardé comme la source type des obligations qui se forment *re* (3); c'est par exception pourtant que l'on dit que cette *res* forme sa cause (4).

*

A l'époque d'Irnerius, pacte et *mutuum* sont ainsi l'un et l'autre liés à une *res*, ou, suivant la terminologie d'un seul ouvrage, à une *causa*. Ce fut l'œuvre des Irnériens d'analyser la nature de cette cause; ils la qualifièrent de *naturalis*, montrant qu'à leurs yeux, elle était un élément

(1) Il semble que tel soit le système auquel s'arrête le *Brachylogus*; il distingue soigneusement le pacte radicalement nul, par suite du caractère illicite ou honteux de l'objet promis ou de l'incapacité juridique des parties (3, 2), du pacte innommé, *sinere*, qualifié de *ut ile*, qui ouvre une exception et vraisemblablement donne lieu à une obligation naturelle (3, 8 : *ex solo pacto quisque non obligatur civiliter*). Cf. Seuffert, *op. cit.*, p. 37, et sur le premier texte, Renard, *L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au moyen âge*, N. R. H., 1903, p. 219, n. 7.

(2) *Epitome exactis regibus*, 3, 20 : *Creditor est qui alienam fidem sequitur mutuam pecuniam numerando*.

(3) *Brachylogus*, 3, 3 : *Re contractus est, cum res intercedit ad contrahendam obligationem... mutuum*.

(4) L'*Epitome exactis regibus* sépare le pacte vêtu *cum causa* (contrat innommé) du pacte vêtu *cum re*, 8, 3 : *Item nudum dicitur a rei interventu que possit suo interventu perfectam reddere causam obligandi, ut in mutui datione*.

fondamental de l'acte, plus essentiel qu'aucune des conditions exigées par la loi civile.

La transposition de cette notion dans le *mutuum* fut toute simple : la numération des deniers fut dite *causa naturalis*. En l'absence de celle-ci, la promesse de restituer le prêt devait être passée dans la forme d'une stipulation ou d'un chirographe, pour devenir obligatoire (1). Nous la retrouverons à propos de ces actes.

L'hésitation était permise pour le pacte. *L'aequilas pacti* ne devait-elle pas conduire les Romanistes à proclamer la validité de toute convention, fût-elle réduite à un simple échange des consentements? L'auteur des *Questiones* peut écrire, sans allusion à une cause nécessaire : *Quod tecum tibi convenit et placet, hoc tibi displicere non debet... quod promittis, hoc adimplere fidei est* (2). Mais ce texte doit s'entendre de la foi régulièrement promise, il ne veut pas donner effet à la simple promesse; il insiste seulement sur le devoir de respecter l'engagement valablement conclu et ne vise pas la conclusion de celui-ci. Tout ce que réclame l'équité, c'est le maintien de la promesse en due forme (3). Comme par le passé, le pacte nu continue à ne pas être sanctionné par une action, tant qu'une *datio* ou un *factum*, considérés comme sa cause na-

(1) *Summa Codicis* (éd. Fitting), IV, 32 § 1 : *Causa naturalis... preceedit veluti cum numeratio facta fuit*. A ce *mutuum naturale*, on oppose le *mutuum dit civile*, IV, 2 : *Civile mutuum fit per stipulationem, item per scripturam*.

(2) *Questiones* (éd. Fitting), fragment de *aequitate*, 5, 3 : *Quod tecum tibi convenit et placet, hoc tibi displicere non debet, ne proprio resistas iudicio, quod est hominis varii et inconstantis, item quod dicis id ita fore veritati debitum est, quod promittis hoc adimplere, fidei est... horum igitur omnium merito pacta servari equum est*. La *Summa Codicis*, 2, 3, reproduit en des termes à peine différents le passage des *Questiones*, en y ajoutant une phrase tirée de Cicéron (*De Officiis*, 1, 7, 23) : *Ea quae complacita sunt servantur, cum veritati hoc debemus ne fallamur et hoc naturaliter in nobis inest ut verum dicamus*.

(3) Obéir à l'équité, c'est rendre ce qui est dû, aussi bien dans le cas de *mutuum* que dans celui d'une promesse : *Questiones*, fragment de *aequitate*, 4 : *Equitas est ejus quod inducit justitia cum sua causa convenientia, ut ecce : mutuum reddi justitia precipit*.

turelle, ne sont pas joints à l'accord des volontés (1). Cette exigence n'est pas une bizarrerie de la loi civile, mais elle est très raisonnable. Comment prétendre faire peser sur une personne la charge d'une obligation, s'il n'existe pas une juste cause qui fasse contrepoids à ce fardeau ? (2)

Cette explication montre assez que la cause est considérée comme une valeur objective, distincte du consentement (3); elle n'est pas une attestation du caractère sérieux de celui-ci, elle en est totalement indépendante. La *qualitas promissionis*, c'est-à-dire l'absence d'un vice du consentement, tel que le dol, est toujours séparée de la cause. On rapproche plutôt la *datio* ou le *factum*, causes du pacte nu, du contrat auquel le pacte adjoint doit son effet (4); dans ces trois cas, la *causa* est un élément exté-

(1) *Questiones*, 10, 1 : *Pactum... parit actionem, cum subest causa... cum igitur in istis verbis (D., 2, 14, 7, 2; 19, 5, 5, pr.) mentio non faciendi set dandi solummodo fiat, apparet dationem esse causam obligationis in supradictis videlicet pactionibus*. Tel est le principe posé par le maître. Les *Questiones*, en effet, sont un dialogue entre un professeur, *interpres*, et son élève, *auditor*. Mais, demande l'élève, un fait peut-il aussi servir de cause à un pacte et l'*interpres* explique : *quocumque facto compendii aliquid collatum tibi intelligitur, eo facto potes obligari ad dandum, veluti acceptilatione. Interdum autem ita facio ut michi quidem abesse, tibi vero nil videatur adesse hujus facti non est illa de ratione seu jure gentium potestas, ut ad dandum te astringat : set ad consimile quid faciendum potes obligari facto ejus modi*. Le juriste distingue les deux hypothèses : *facio ut des, facio ut facias* : je te procure le moyen de réaliser une économie (*compendium*) ; par ce « fait », tu peux être obligé à me faire une *datio* corrélative, ainsi, à la suite d'une *acceptilatio*. Parfois, le fait que j'accomplis, tout en me procurant un « manque » (*abesse michi*), ne te fournit aucun avantage présent (*tibi nil adesse*), tu peux seulement être tenu à faire une prestation correspondant à mon *factum*.

La *Summa Codicis* est plus brève : 2, 3, 6 : *Causam autem dicimus dationem seu factum... maxime si ad agendum allegetur*.

(2) *Questiones*, 7, 6 : *... Namque hoc ipsum, id est cogi aliquem, honoris est, quicquid illud sit ad quod cogatur, neque congruit equitatis rationi quemquam [h]onerari, nisi justa precedat oneris causa*.

(3) En ce sens, Zeijlemaker, *op. cit.*, pp. 204-205.

(4) La *Summa Codicis*, (II, 3, 6), distingue : 1° l'objet du pacte (qui ne doit être ni honteux, ni contraire à la loi), 2° la *qualitas promissionis*, c'est-à-dire l'absence de dol ; la sanction du dol serait très énergique, ce serait l'annulation de plein droit : *promissionis qualitas ea est ut fides bona*

rieur à l'accord des volontés (1). On le voit bien dans l'exemple de la transaction : en soi, la volonté de mettre fin à un litige, constitue-t-elle un *factum*, capable d'obliger à un *datio*? Je transige avec toi; comme suite de notre accord, tu dois me faire dation de quelque chose : *transigo tibi ut des mihi aliquid*. Aurais-je une action, moi ou mes héritiers, en exécution de cette convention? Oui, d'après l'auteur des *Questiones*, qui suit la loi romaine, car en acceptant de transiger, j'ai exécuté un *factum* d'une valeur certaine, j'ai abandonné toute poursuite, mais il faut que le procès soit sérieux, sinon mon abandon est sans valeur. C'est pourquoi l'on dit, en règle générale, que de la transaction ne naît pas d'action, car ce n'est pas du fait seul de celle-ci, qu'il y a obligation, mais d'un « *facio* » bien réel, en l'espèce renonciation à une action véritable, qui constitue un avantage certain (2). Faute de cause *idonea*, le pacte n'est pas atteint de nullité, il est seulement privé d'action : il donne ouverture à une exception, mais les *Sommes* ne parlent pas d'obligation naturelle (3).

adsit et dolus cesset tam ejus qui promittit quam ejus cui promittitur : iniquum est enim ei qui contra fidem fecit, fidem servari sibi. 3° la causa : causam autem dicimus dationem seu factum, vel contractum (allusion au pacte in continenti ?), maxime si ad agendum allegetur; plus loin, eod. l. 11, il est seulement parlé de datio ou de factum, ut prescriptis verbis actio nascatur.

(1) Ainsi dans l'échange : *Summa Codicis*, IV, 54, 3 : *Contrahitur datione non etiam solo consensu, dando enim obligas me ad fidem tibi reservandam.*

(2) *Questiones*, 7, 3 :... en transigeant *Videris aliquid speciale prestitisse discedendo scilicet ab universitatis petitione, simulque remittendo tam gravis injurie querimoniam*. Mais, demande l'*auditor*, (voir p. 31 n. 1) chaque fois qu'il y a transaction, l'abandon du litige ne constitue-t-elle pas une cause valable ? *Quidquid est ejusmodi ut obligationis jure teneri possis ad id prestandum, id si tibi prestitero, ad obligandum te idoneam causam constituo. Transigere vero ejus est modi, ut ad hoc teneri quo magis transigas possis. cur igitur, quotiens transigo ut des, non statim actio qua cogaris datur ?* 11 n'y a cause réelle, répond le professeur, que si le litige est vrai : *Tali facto te obligo quod efficere potest, ut negotium intelligatur esse gestum, idest ut, vel michi absit, veluti si manumillo servum, vel tibi adsit, ut si meo indicio fugitivum tuum apprehendas. eo autem solo quod transigo, neutrum eorum consequitur, cum possit transigi, etiam si nulla subest quaestio, id est si nulla ratione tenearis.*

(3) *Summa Codicis*, 2, 3 : *Ad defensionem etiam nuda pacta admittuntur.*

*
* *
*

Dans la stipulation, se retrouve la même cause naturelle. Comment les Romanistes peuvent-ils transposer cette notion dans un acte que l'on regarde comme valable par sa forme seule? N'est-ce pas l'indice d'une transformation qu'aurait subie la stipulation depuis l'époque romaine?

L'habitude de tenir pour valable un contrat verbal relaté par écrit, dès le Bas-Empire Romain (1), la pratique constante à l'époque barbare de faire suivre tous les actes par la clause *stipulatione subnixa*, avaient fini par créer une confusion entre la stipulation et l'*instrumentum* : or, pour celui-ci, la loi romaine était nette. Il est naturel qu'un acte, destiné à faire preuve, relate les circonstances dans lesquelles naît une obligation, particulièrement le but que les parties veulent atteindre; contient-il mention de la cause de la dette, il est jusqu'à preuve du contraire présumé valable; est-il *indiscretus*, il doit être suppléé par d'autres témoignages.

On pourrait croire qu'à la faveur de cette confusion la cause se glissa dans la stipulation; elle y eût entraîné une transformation radicale, puisque, à l'imitation de l'écrit la forme verbale aurait dû exprimer la *causa debili*, sous peine de rester imparfaite. Il n'en est rien.

Antérieurement à Irnerius, les Romanistes ont retrouvé la vrai sens de la stipulation. Cette reconstitution fut lente, souvent incertaine : dans la Somme au Code de Pérouse (fin du x^e siècle) la stipulation est encore regardée comme un contrat par écrit; du moins, le mot *scrip-*

(1) Sur l'évolution de la stipulation en droit romain et sur son rapprochement avec l'acte écrit, voir en dernier lieu Brandileone, *La stipulatio nell'età imperiale romana et durante il medioevo*, *Rivista di storia del diritto italiano*, 1928, pp. 7-79, 270-310. Cf. dans un sens différent, G. Ferrari, *La degenerazione della stipulatio*, *Atti del Real Istituto Veneto*, 1910, t. 69, p. 750 et s.; Riccobono, *Stipulatio ed instrumentum nel diritto giustiniano*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, Rom. Abt., t. 35, p. 214 et s., t. 43, p. 262 et s.,

tura est-il substitué aux termes *stipulatio*, *placilum*, employés par le texte de Justinien (1). Vers la même époque, un glossaire définit brièvement la stipulation : *promissio, leslatio* (2). Plus tard encore, le *Libellus de verbis legalibus*, attribue le caractère solennel de l'acte à la présence de témoins (3). Est-ce là un souvenir de l'époque où la stipulation était relatée par écrit et passée devant témoins ? Les auteurs discutent (4). Cependant, ces confusions sont dissipées : les grammairiens distinguent, dans le contrat *verbis*, une interrogation, *querere petitive* et une réponse, *responsio facta promissive* (5). Le *Brachylogus* explique la solennité par les paroles échangées (6). Dans l'*Epitome exactis regibus*, tous les anciens caractères de la stipulation sont retrouvés : forme orale, solennité, fonction novatoire (7).

Il est, en tout cas, regu dans les Sommes de l'époque d'Irnerius, que la stipulation est un acte oral, créateur d'obligation, nettement distinct de l'*instrumentum probatoire*. L'argument qu'on pouvait tirer de la confusion des

(1) *Summa Perusina*, (éd. Patetta), sur le C., 2, 3, 29 : *Nisi scriptum ostenderis* (Justinien : *Nisi placitis s. intercessit*) ; sur le C., 2, 4, 33 : *Transactio nem scripta* (Justinien : *Ex stipulatione*) ; sur le C., 5, 12, 2 : *Scriptis* (Justinien : *Stipulatio*). Voir les exemples cités par Patetta, op. cit., *Index*, p. 347, v° *stipulatio* Cf. Besta, *Il contenuto giuridico della Summa Perusina*, extrait des *Atti del Real Accademie di scienze, lettere, arte*, 1902.

(2) Glossaire (éd. Conrat), p. 202.

(3) *Libellus de verbis legalibus*; 4 : ... *Solemnis dicebatur antiquitus quia testibus adhibitis... (stipulatio) fiebat*.

(4) Fitting, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Introduction, p. 42; Bruns, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. 13, p. 118; Conrat, *Die Epitome exactis regibus*, Introduction, p. 163.

(5) *Huguccionis liber derivationum* (éd. Conrat) : *Proprie quidem stipulari est interrogare et querere petitive cum responsione facta promissive. unde Brito dixit : stipulatio est interrogatio petitiva adjuncta responsione promissiva*.

(6) *Brachylogus*, 3, 9, 1 : *Verbis contrahitur obligatio cum solennitas verborum intercedit ad contrahendam obligationem*. Mais l'échange de paroles quelconques est suffisant : 3, 9, 4. Sur ce texte, voir Seuffert, op. cit., p. 38.

(7) *Epitome exactis regibus*, 7, 4 et 5 : *Constat stipulatio ex interrogatione et responsione, quemadmodum contradictio ex affirmatione et negatione... Aquiliana stipulatio est quae novat omnem contractum*.

deux actes, pour en déduire la nécessité d'une cause dans la stipulation, tombe. La formule type : *Promittisne ? promillo*, n'englobe pas la cause (1). Extérieurement, rien n'a changé depuis le droit romain.

*

Comment comprendre que tous les Irnériens fassent allusion à une cause naturelle de la stipulation ? Pour expliquer la force obligatoire de celle-ci, il ne suffisait pas de s'en tenir à l'idée qu'elle dépendait de la forme seule ; comment rendre raison de l'existence de l'exception de dol ? C'est une idée chère à nos auteurs, que cette exception est favorable, c'est-à-dire fondée sur l'équité (2). Elle n'est donnée qu'en raison de l'absence d'un élément naturel autre que la forme. C'est lui que nos Sommes appellent cause naturelle.

Cette interprétation est conforme au droit romain qui accorde l'*exceptio doli*, dans les cas où la stipulation est *sine causa* (3). Elle s'accorde avec l'analyse du pacte ; à lui seul, l'accord des volontés est insuffisant, s'il ne s'y joint une cause naturelle. Revêtu de la forme de la stipulation, il ne crée encore qu'une action inefficace (4) ; comme dans l'exemple du pacte, il lui manque une cause, seulement, ici, l'intervention de la forme réduit celle-ci à un rôle subsidiaire.

Par sa nature, la *causa stipulationis* est très proche de la cause du pacte. Comme cette dernière, c'est une *datio*

(1) Codi, 8, 28 : *Stipulatio est quando aliquis homo dimandat alii hoc moao : Petre, facies michi domum ? et ipse respondet : O domine, ego faciam tibi domum.*

(2) *Summa Codicis*, 4, 32. Déjà le *Brachylogus*, 4, 39, 1 définissait l'exception de dol : *Ex aequitate inducta defensio.*

(3) *D.*, 44, 4, 2, 3.

(4) *Summa Codicis*, 8, 33, 7 : *Causa naturalis precedere vel inesse vel subsequi debet : alioquin quantum ad juris stricti rigorem stipulatio tenet, sed doli mali seu in factum exceptione repellitur.*

ou un *factum*, c'est-à-dire un acte objectif, indépendant de l'accord des parties, doté d'une valeur économique (1). On songe au *quid pro quo*, auquel se réduit la *considération* anglaise, lorsqu'on lit, dans le *Codi*, qu'une personne, s'étant engagée à transférer la propriété d'une maison, n'est pas tenue, si son co-contractant ne lui procure pas un avantage correspondant, dation, prestation, ou promesse corrélatrice (2). Mais, par un démenti singulier, les Romanistes reconnaissent que l'absence de cause apparente doit être interprétée comme une présomption de donation : *l'animus donandi* est placé au rang de cause (3); il n'est pas nécessaire qu'une insinuation témoigne de la régularité de la donation (4).

Seule, l'analyse du rôle exact que joue la *causa naturalis* dans la stipulation, permettra de comprendre comment elle peut consister tantôt en un acte économique, tantôt en une simple intention.

*
* * *

A coté de la stipulation, les textes placent le chirographe. Un changement certain dans la nature de cet acte s'est produit depuis le droit romain. Il est devenu un mode formaliste de contracter.

(1) *Summa Codicis*, l. c. : *Causa ob quam promittitur naturalis esse debet ut vel dationem seu factum contineat*. Dans les *Questiones*, le rapprochement entre cause du pacte et cause de la stipulation est flagrant : VII, 10 : *Stipulatio consensum et conventionem in se habet et sine causa stipulanti. doli obstat exceptio, quare sine causa pactio non est efficax*.

(2) *Codi*, 8, 33 : *Si ego promitto tibi dare aliquam rem, sicuti est domus, ego non teneor tibi dare illud quod promisi, si tu non donasti vel fecisti vel non promissisti contra illud aliquam rem, propterea ut ego darem tibi illud quod promisi*.

(3) *Summa Codicis*, 8, 33, 7 : *Si enim quis promittat, cum se obligatum non esse sciat, cum satis rationabilis causa obligandi sit donantis voluntas, non est necesse ut alia causa naturalis ad obligationem parendam interveniat*. Cf. *Codi*, 8, 33, reproduisant la *Summa Codicis*.

(4) Pourtant une glose d'Irnerius fait allusion à une *observatio documentorum* : *Donatio consistit ex voluntate cum observatione documentorum. y. (Irnerius)* (éd. Savigny).

La pratique de la stipulation écrite put faire croire que celle-ci était une forme nouvelle de la stipulation, distincte de sa forme orale; en effet, après l'expiration du délai de deux ans, la simple *cautio* se distinguait mal d'une promesse formaliste constatée par écrit. La transformation est visible dans les écrits préirnériens. Le *Brachylogus*, parlant des contrats qui se font par l'écriture, indique à titre d'exemple le chirographe (1). La promesse devient obligatoire lorsqu'elle est faite par écrit d'après le *Libellus de verbis legalibus* (2). Dans l'*Epitome exactis regibus*, la solennité du *chirographum* est assimilée à celle des *verba* : c'est un moyen de vêtir un pacte nu, non sanctionné par une action (3).

Dans les sommes irnériennes, le rapprochement est continuuel entre *stipulatio* et *chirographum*. Le Codi reflète cette conception (4). Mais tandis que, dans la stipulation, la notion de cause naturelle était très large, dans le chirographe, elle est pratiquement très réduite. Celui-ci n'est pas une forme générale, mais seulement un mode de contracter un prêt (5); aussi, la cause sera-t-elle toujours une numération de deniers, c'est-à-dire un acte économique. Il ne semble pas qu'un chirographe puisse, au cas d'absence de numération de deniers, être considéré comme valable *donationis causa*.

(1) *Brachylogus*, 3, 11, 1 : *Scriptura contrahitur obligatio, cum scriptura intercedit ad contrahendam obligationem, veluti chirographo emisso.*

(2) *Libellus de verbis legalibus*, 20 : *Cautio, ... est generale nomen promissionis. sed cautio alia nuda est.... alia per scripturam et dicitur cyrographum.*

(3) *Epitome exactis regibus*, 6, 42 : *Cautio... alia est apocaria vel cirographaria, scilicet cum quis ad facte promissionis documentum emittit apocam vel cirographum*; 7, 3 : *Pactum nudum... a sollempnitate verborum... et conceptione litterarum, quando scilicet cyrographum non intervenit nec aliud instrumentum quo nudum pactum confirmaretur.*

(4) Codi, 4, 16, 3 : *Si... ego non facio tibi promissionem neque scripturam.*

(5) Il faut reconnaître que dans le Codi la *scriptura* semble jouer le rôle d'une forme aussi large que la stipulation. Voir aussi *Summa Codicis*, 4, 10 : *Si conventioni stipulatio vel scriptura subjecta est.*

Telles sont les quatre hypothèses où les Irnériens ont parlé de cause naturelle; mais sous cette appellation identique, se cachent des différences foncières, que révéleront l'étude du rôle de la cause et des moyens de sanction de son absence.

II. Rôle de la cause. Sanction de son absence.

Si l'on ne devait hésiter à employer une terminologie restée étrangère à nos Sommes dans tous les cas précédents, on dirait que la cause y eut une double fonction : elle fut tantôt une cause efficiente, comme dans le pacte tantôt une cause finale, comme dans la stipulation ou le chirographe.

Il est facile de montrer que dans le pacte, c'est de la cause que dépend l'octroi de l'action (1). Ce rôle dévolu à la cause s'accorde avec sa nature d'acte économique, appelant une contre-prestation. Ainsi, j'ai convenu avec X, par un simple pacte, de lui bâtir une maison. Je ne suis pas tenu à exécuter mon engagement, tant que je n'ai rien reçu de lui, (*datio*) ou que par une stipulation il ne m'a pas promis de payer le prix (*factum*) (2).

Dans la stipulation, il en est tout autrement. En dépit de certaines formules trop absolues qu'on rencontre surtout dans le *Codi*, moins au fait des subtilités romaines que des œuvres plus savantes comme les *Questiones* ou la *Summa Codicis*, l'absence de cause naturelle n'est pas un obstacle à la naissance de l'action; celle-ci ne dépend

(1) *Summa Codicis*, 2, 3 : *Necesse est dationem seu factum intervenire ut praescriptis verbis actio nascatur.*

(2) *Codi*, 4, 16 : *Si ego conveni tecum ut faciam tibi domum et ego nichil, inde recepi... ego non teneor tibi.* Pour que je sois tenu sans avoir rien reçu, il faudrait que tu m'aies promis par stipulation ou par *scriptura* de me payer un prix fixé. De même, une personne a promis d'aller en France : elle n'est tenue que si elle a reçu les 10 sous dus; si elle s'est engagée par stipulation, ou par acte écrit, elle sera tenue *ipso facto*, n'eût-elle pas reçu l'argent promis.

que de la forme seule, c'est-à-dire de la *causa civilis* (1). Tout au plus, le contrat serait-il radicalement nul, s'il était immoral en lui-même; mais il s'agit d'une nullité pour caractère illicite ou honteux de l'objet. Si, au contraire, c'est seulement la cause en vue de laquelle l'acte a été passé, qui est *turpis*, l'action est accordée (2).

L'absence de cause naturelle ne peut donner lieu qu'à une exception de dol, comme en droit romain. En réclamant l'exécution d'une stipulation dont la cause naturelle n'apparaît pas, le créancier agit à tort (3); mais, comme le dol ne se présume pas, il n'a, dès le début de l'instance, qu'une preuve à faire, celle de l'existence et de la régularité des *verba*.

*

Ainsi comprise, la cause n'apparaît plus comme une *datio* ou un *factum* appelant un équivalent; son existence atteste seulement le caractère non dolosif de l'engagement, la qualité juridique du consentement. On comprend que ce rôle puisse être joué par une simple intention, telle que le désir de réaliser une libéralité. Elle se rapproche donc de la notion de cause finale; elle est le but en vue duquel le contrat a été passé. Ainsi, dans le système du *Codi*, il ne suffit pas de promettre de payer, fût-ce par un acte formel pour que le créancier soit certain de tou-

(1) *Summa Codicis*, 4, 10 : *Si vero conventioni, stipulatio vel scriptura subjecta est, civilis ratio te compellit ad id quod convenit praestandum etiam cessante causa naturali*. Dans le même cas, le *Codi* admet la même solution, 4, 16 : *Per strictam rationem, ego sum tibi constrictus*.

(2) *Summa Codicis*, 8, 34 : *Si illud quod promittitur turpe est ad faciendum, veluti furtum, homicidium, adulterium seu sacrilegium vel quid aliud omnino improbatum... non valet nec convalescere potest et ideo ipso jure denegantur actiones. cum autem... causa propter quam fit turpis invenitur, ut dolus et metus, tunc actio datur*

(3) *Codi*, 8, 33 : *Si tu dixeris : Ego volo ut des michi illud quod promisisti, ego respondebo ita : Dolo dicis, quia tu petis illud quod ego promisi tibi, quoniam illud ego promisi tibi sine causa*.

cher son dû. L'action accordée par suite de la foi due au contrat *verbis* et à la *scriptura* se trouvera paralysée, tant qu'à l'exception invoquée par le débiteur, le créancier n'aura pas répliqué en montrant l'existence et la validité d'une *datio* ou d'un *factum* exécutés par lui. Il est vrai que le débiteur aura du mal à prouver un fait négatif, tel que l'absence de cause, mais cette difficulté pratique ne détruit pas le système. Il ne semble pas que l'exemple donné par le *Codi*, qui ne mentionne que la contestation du débiteur, sans indiquer la preuve qu'il doit fournir, soit suffisant pour faire admettre que celui-ci a un droit de contestation analogue à celui qui lui appartient, au cas d'*exceptio non numeratae pecuniae*, le déchargeant de toute preuve. Cette dérogation à la règle *reus excipiendo fit actor* se justifierait par l'impossibilité de la preuve d'un fait négatif. Mais la *Summa Codicis* restreint ce bénéfice à l'*exceptio non numeratae pecuniae*. Elle exclue sans doute l'*exceptio doli*, qui survit, par les termes : *sed hoc* (le bénéfice de n'avoir pas la preuve à sa charge) *non est perpetuum* (1).

Si l'exception de dol ne joue pas automatiquement, mais suppose la preuve de l'absence de cause, il faut reconnaître, qu'outre les difficultés déjà signalées, son champ d'application risque de disparaître presque entièrement par suite de la présomption de donation relative aux actes où une cause n'apparaît pas (2). Si le créancier

(1) Le *Codi*, dans le texte cité, *supra*, page 39, n. 3, ne fait pas allusion à la preuve de l'absence de cause. Le débiteur qui conteste en est-il chargé ? Il semble que la *S. C.* l'admette : elle prend soin de remarquer qu'après le délai de 2 ans, durant lequel joue l'*exceptio non num. pec.*, il n'y a plus application de la maxime : *Qui factum negat probatio ejus nulla est, set hoc non est perpetuum*. Passé ce délai, l'exception de dol subsiste, mais le débiteur doit prouver l'absence de cause, sinon il y aurait comme une survie du bénéfice extraordinaire accordé à l'*exceptio non numeratae pecuniae*. (*Summa Codicis*, 4, 32).

(2) *Summa Codicis*, 8, 33 : *Si enim quis promittat, cum se obligatum non esse sciat, cum satis rationabilis causa obligandi sit donantis voluntas, non*

qui réclame l'exécution d'une promesse ne peut se prévaloir d'un fait accompli par lui, n'est-ce pas qu'il est le bénéficiaire d'une libéralité? Le débiteur n'est-il pas censé avoir promis *donandi causa*? Comment pourrait-il songer à invoquer l'absence de cause naturelle de son engagement, puisqu'il est reconnu que l'*animus donandi* est une cause suffisante? Il n'est qu'un cas où sa contestation soit permise : lorsque il se prévaut d'une erreur qui l'a poussé à contracter. Les glossateurs ne sortiront du dilemme qu'en exigeant la mention expresse de la donation dans l'écrit qui relate la stipulation. Dans tous les autres cas, le contrat verbal serait réputé sans cause.

* * *

Dira-t-on que cette interprétation prête à la cause de la stipulation un rôle qui ne s'accorde pas avec l'appellation qui lui fut toujours réservée de *naturalis*? Pourquoi les Romanistes Irnériens auraient-ils hésité à qualifier de *finalis* cette cause, alors que, pour déterminer si une dation est valable, ils recherchent parmi les mobiles qui ont poussé l'auteur de l'acte, lequel peut être regardé comme la cause finale et prochaine de la dation? On peut voir dans leur attitude le signe d'une analyse encore trop rudimentaire de la notion de cause finale. Ce qui les a frappés dans la cause de la stipulation, c'est son antériorité à la mise à exécution de celle-ci. Comment comprendre qu'elle puisse précéder l'acte dont elle est regardée comme le but, qu'elle appartienne au passé alors que son nom semble la rapporter à l'avenir? Mais cette contradiction qui ne sera jamais pleinement résolue même à l'époque Bartoliste, sauf peut-être chez Balde, fut-elle aperçue par nos auteurs? Les aurait-elle détournés de la terminologie cause finale?

est necesse ut alia causa naturalis ad obligationem pariendam interveniat.
Le Codi, 8, 33, a des termes analogues : *Verisimile est quod voluisssem tibi donare illud quod promisi.*

La vérité est que l'expression cause naturelle était celle qui convenait le mieux pour former antithèse avec les mots cause civile; elle offrait en outre l'avantage d'indiquer qu'il fallait chercher sa raison d'être dans le droit naturel confondu avec l'équité au sens large. D'ailleurs, il n'est pas exact que la véritable signification de la cause ait échappé à nos auteurs (1) : c'est cet « élément autre que la forme, en considération duquel le promettant veut être obligé (2) ». N'est-il pas juste et raisonnable, disent les *Questiones*, qu'à côté de l'objet et de la forme d'un acte juridique, le but de celui-ci soit pris en considération par le droit (3)? Seulement, tandis que la forme et l'objet sont de l'essence de l'acte, que de l'existence de la première et du caractère licite du second dépend l'octroi de l'action, la cause n'est que l'élément secondaire d'où dérive la force exécutoire de la stipulation.

*

Tel est le rôle de la cause dans le système irnérien. Il se résume en une opposition : tandis que, dans le pacte, la cause est créatrice d'action, dans la stipulation elle ne sert, par suite de la présence de la forme, qu'à garantir l'efficacité de l'action. Son absence qui, dans le premier cas, empêchait la formation du contrat, met seulement obstacle dans le second à sa force exécutoire. Mais cette diversité de fonctions ne détruit pas dans la pensée de

(1) Voir par exemple dans le *Codi*, IV, 10 : *Quando dedi tibi X solidos non dixi tibi quare ego dabam, non possum aliquid tibi petere, quamvis tu nichil fecisses de hoc pro quo tibi dedi, quoniam intelligitur quod ego voluissem tibi donare sine aliquo facto quod tu michi fecisses.*

(2) *Questiones de juris subtilitatibus*, VII, 10 : *Quamvis enim per haec, id est actum verborum seu litterarum obligari possim, oportet ali uel quid intervenire ob quod obligari velim.*

(3) *Questiones de juris subtilitatibus*, VII, 11 : *Non enim rationabilis est pactio seu promissio, nisi ratio disculiat et probet quod promittatur et quare et quomodo, cui et a quo*

nos sommistes l'unité de la cause, toujours qualifiée de *naturalis*. Une même idée explique sa double fonction : la cause assure la prépondérance de l'équité dans les relations contractuelles. Il n'est pas juste qu'un accord de volonté dénué de toute forme, c'est-à-dire un simple pacte, puisse créer une obligation à la charge d'une personne qui n'a rien reçu en compensation (1). Il n'est pas équitable qu'un acte formel puisse lier *ipso facto* le promettant, s'il n'apparaît pas qu'une base économique ou une intention libérale soutiennent cette forme.

Les progrès de la terminologie, l'extension de la notion de cause aux contrats synallagmatiques et aux legs, feront paraître ce premier essai des Irnériens comme bien étroit. De plus, le système est peu solide à l'égard de l'acte formel. Il appartient au seul débiteur de faire valoir l'absence de cause de son engagement. Le juge pourrait-il de lui-même, dans un procès engagé sur le fonds du droit, exiger, malgré le silence du défendeur, qu'un créancier n'agisse qu'après avoir justifié de la cause de son droit ? C'est en multipliant les obstacles procéduraux contre l'acte non causé que s'affirmera l'originalité des Glossateurs.

(1) *Questiones de juris subtilitatibus*, VII, 11 : *In quibus enim pacti causa deest, illa pacta ratio destituit sicut et nudam traditionem*. Cf. *Questiones de juris subtilitatibus*, VII, 6 : *Neque congruit equitatis rationi quemquam honorari, nisi justa precedat oneris causa*.

CHAPITRE II

LA CAUSE DANS L'INSTANCE JUDICIAIRE AU TEMPS DES GLOSSATEURS

Malgré ses lacunes, la pensée irnérienne présentait une unité qui manqua aux doctrines postérieures. Nul ne contestait au début du ^{xii}^e siècle que la validité d'un pacte, de même que la force exécutoire d'une obligation passée dans la forme d'une stipulation ou d'un chirographe, dépendissent de l'existence d'une cause naturelle. Sur le premier point, les successeurs d'Irnerius restèrent fidèles aux conceptions du maître : la *causa pacti* fut englobée dans la théorie des *vestimenta pactorum* et sa signification ne varia pas (1). Mais, dès l'époque des quatre Docteurs, il n'y a plus unanimité entre les auteurs ni sur le rôle de la cause dans le contrat *verbis*, ni sur les modalités de sa preuve dans le chirographe. A certains signes, on pourrait croire à un recul de notre théorie ; le sens de l'antithèse « *causa civilis, causa naturalis* » semble s'être perdu. Si l'on ne conteste pas qu'il faille nécessairement exprimer la cause dans un écrit destiné à servir de preuve, on a plus de peine à comprendre qu'il en aille de même dans un acte créateur d'obligations.

Qu'on ne s'y méprenne pas cependant. Notre doctrine ne sommeille pas, elle s'organise et va bientôt trouver son apogée dans la Grande Glose. Mais les grandes lignes

(1) Voir *infra*, Section deuxième, ch. III.

de la théorie seront moins nettes, et des sens nouveaux du mot « *cause* » viendront se mêler à sa plus ancienne signification. En réalité, à l'*aequitas negotii*, base féconde mais imprécise, sur laquelle les premiers Romanistes fondèrent la notion de cause, se substitue, en partie sous l'influence de Placentin, une conception plus modeste, d'ordre procédural, celle de la *causa* ou *ratio actionis*. En faisant obstacle à l'admission d'une demande en justice dont la forme est restée abstraite, elle assure le succès pratique de notre théorie, bien qu'elle voile sa portée dogmatique. En même temps qu'elle devient une condition à la réussite de toute action personnelle, la cause garde sans conteste sa place dans l'écrit probatoire, et, malgré des contradictions répétées dont triomphera, pour un temps, la Grande Glose, elle demeure le seul correctif de l'acte formel. Bientôt, dépassant ces cadres anciens grâce à une nouvelle analyse du contrat *litteris*, elle semble prendre une signification nouvelle, presque révolutionnaire, dans l'hypothèse de l'aveu simple : suppléant au défaut de la forme, elle fait de lui une source d'obligation. Les Romanistes allèrent-ils jusque-là ? Aperçurent-ils le démenti qu'ils donnaient à leur système rigide et fermé des pactes obligatoires ? Il est difficile de répondre. Mais, en élargissant la brèche qu'ils venaient d'ouvrir, le droit canonique devait renverser le principe « *nuda pactio obligationem non parit* ».

Tous ces exemples ne sont encore qu'une suite d'actes causés, ils ne forment pas une théorie. Cependant un adage très général, d'origine et de date incertaines : « *cessante causa finali cessat effectus* » se répand. Par lui, les Glossateurs expliquent la nullité des legs et des donations, dans les cas où l'attente du bienfaiteur semble avoir été déçue par l'inexécution d'une charge considérée comme la cause finale de sa libéralité.

C'est à reconstituer les diverses phases de ce développement hésitant que tendront nos efforts. On comprendrait mal le manque d'unité dans les conceptions de la cause, qui ont succédé, à partir de la seconde moitié du XII^e siècle, au système irnérien si fortement construit si l'on ne cherchait malgré les coupures et les redites, inévitables, à retrouver les apports de chaque époque qui se juxtaposèrent sans se fondre.

I. Des quatre Docteurs à la glose d'Accurse : défaillance et renaissance de la cause

Par quelles vicissitudes, de l'époque des quatre Docteurs à celle de la Grande Glose, l'idée de cause devait-elle passer ?

*
* *

Jusqu'à Placentin, elle ne subit aucune orientation nouvelle, mais les divergences qui séparent les Romanistes à l'époque encore légendaire des quatre Docteurs rejaillissent sur elle.

L'un des problèmes, en effet, sur lesquels l'école disputait, restait celui du rôle de l'équité dans la formation du droit (1). L'on sait quel rapport étroit unissait chez les Irnériens *aequitas* et *causa naturalis* : toute variation sur la notion d'équité devait avoir son contre-coup sur celle de la cause. Une tradition oppose, sur ce point, Bulgarus, interprète rigide de la loi, à Martinus, zéléteur de l'*aequitas bursalis*, celle que chacun tire de son propre fonds (2). A ceux qui ne se reconnaissent pas le droit

(1) Hugolinus (éd. Haenel) § 91, sur C., 8, 3, 1, : *An aequitas non scripta juri stricto praeferatur* ?

(2) Sur cette tradition, contredite par Azo (*Lect. in C.*, 7, 51, 2 : *M. (Martinus) inhaerebat literae tanquam Judaeus*), et un texte de Bulgarus, *De reg. juris* (éd. Beckhaus), § 90 : *Spectatur aequitas, ut judex eam stricto jure praeferat*, voir Savigny, *Geschichte*, III, p. 39, qui cite les textes d'Odo-fredus et d'Hostiensis, sur l'*aequitas Martiana*, et l'interprétation stricte qui est non de Bulgarus, mais de Johannes (Bassianus).

d'élargir la loi positive suivant les suggestions de l'équité, le développement donné à la notion de cause dans les Sommes Irnériennes dut paraître exorbitant. De fait, un fléchissement est visible : non seulement la cause disparaît de l'acte formel, et voit son application restreinte dans le contrat écrit, mais elle ne sert plus à donner force obligatoire à l'aveu simple.

C'est au temps des quatre Docteurs que Cinus, désireux de trouver des ancêtres aux Doctrines des Modernes, fait remonter l'idée que la stipulation est valable *per se* (1), c'est-à-dire, contrairement aux Irnériens, sans adjonction de cause naturelle. Martinus était sans doute d'un avis contraire. D'après lui la stipulation renforçant un pacte *sine causa* ne lui donne aucune efficacité. Elle ne peut nover qu'une obligation causée (2). C'est une opinion très voisine du système irnérien : l'obligation est nulle, même si elle a une *causa civilis*, quand elle n'a pas de *causa naturalis*. Si équitable qu'elle fût, l'idée de Martinus parut téméraire, parce qu'elle contredisait un texte du Code, d'après lequel la stipulation peut valider un pacte d'échange « *nulla re secula* » (3). Au dire de Cinus, Hugolinus aurait rapporté dans ses *dissensiones* la controverse que suscita la doctrine de Martinus; nous n'en possédons pas de trace. Il semble que Bulgarus ait été l'un de ses

(1) Cinus, sur C., 4, 30, 13 : *Quinimo ista fuit sententia Ugolini in dissensionibus suis in dist., quae incipit: quoniam quidam in iudicio etc. quam sequitur Accursius in summa, quae fuit per eum composita super libro authenticorum, in tit. de fide instrumentorum*. Le recueil des *dissensiones* d'Hugolinus (éd. Haenel) ne contient pas la *dissensio*, citée par Cinus.

(2) Gl. *causa D.*, 2, 14, 7, 3: *Glosa M. (Martini) qui dicit etiam si stipulatio intercessit, non tenere*. Les textes qui parlent de la stipulation, confirmant un pacte, discutent seulement la question de l'antériorité du pacte par rapport à la stipulation, et de l'intervalle de temps qui peut séparer les deux actes. Cf. *Vet. coll.* (éd. Haenel) § 54, Rogerius § 23, Hugolinus § 12.

(3) C., 4, 64, 3, : *Ex placito permutationis, nulla re secula, constat nemini actionem competere: nisi stipulatio subjecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem*.

adversaires. D'après lui, la valeur de la stipulation dépendrait du seul droit civil. La dette civile entraînerait la dette naturelle. Dès qu'il y a formation de l'obligation civile par l'échange des *verba*, il y a comme un lien de droit naturel qui s'ajoute de lui-même « *quasi jure naturali tenetur* » (1). Cette explication des effets de la stipulation est assez différente de celle qu'avaient imaginée les Irnériens : ceux-ci étaient obligés de recourir à une présomption de donation, dans tous les cas où une cause naturelle n'était pas apparente, mais ils distinguaient soigneusement *causa civilis* et *causa naturalis*, l'une n'entraînant pas l'autre. Pour Bulgarus, au contraire, il semble que la *causa civilis* contienne en soi le lien de droit naturel. Même un de ses disciples, Albericus, tranche nettement la question, il n'y a dans la stipulation qu'un lien purement civil, créé par les *verba* (2).

*

Il était impossible d'aller aussi loin à l'égard du chirographe. Bulgarus remarquait que l'obligation civile née de lui n'avait pas la propriété d'entraîner *de plano* un lien valable *jure naturali* (3). L'exception *non numeralae pecuniae* faisait toujours soupçonner, pendant un temps, dans certains contrats, la défaillance de la cause. Mais on pouvait enfermer son jeu dans des limites précises et lui soustraire certains actes. C'est à quoi ne manquèrent pas Bulgarus et ses élèves.

L'un d'eux, Albericus, prétendit que l'*instrumentum publicum* échappait toujours à l'exception, si l'écrit

(1) Bulgarus, *De reg. juris* (éd. Becklaus), § 84 : *Is, quem jure civili ut stipulationis... dare oportet, quasi jure naturali tenetur.*

(2) Gl. *consensum*, D., 2, 14, 1 : *Sed Albe (Albericus) dicit non habere in se naturale vinculum, sed civile tantum.*

(3) Bulgarus, l. c. : *Qui autem chirographo, non secuta numeratione se obligavit, nec natura debet, nec jure gentium eum reddere oportet, licet jure civili teneatur.*

prima facie apparaissait *sine vituperatione*(1). Il ne refusait pas au débiteur la faculté de se libérer pendant trente ans, en prouvant que l'argent ne lui avait pas été compté. Cette opinion resta isolée. L'écrit public n'eut pas le privilège de soustraire le créancier à la nécessité de prouver la *causa debili*. La controverse fut plus vive sur la question du délai de l'exception. Normalement, pendant deux ans, le créancier devait prouver la cause de son droit. Ce délai écoulé, le débiteur restait-il sans défense contre un écrit faisant pleine foi? Il est curieux que nos auteurs n'aient pas songé à l'exception de dol, perpétuellement ouverte. Un seul texte semble faire allusion à un moyen susceptible de protéger contre la simulation, encore ne le nomme-t-il pas expressément (2). C'est la seule survie de l'exception *non numeratae pecuniae* qui est discutée. Jacobus imagine de la laisser subsister, après le délai de deux ans, mais privée de son avantage principal, qui était d'imposer la preuve au créancier (3). Il admit que le débiteur pouvait échapper à une condamnation en prouvant l'absence de numération des deniers, sans s'arrêter à la difficulté que soulève la preuve d'un fait négatif. Si, croyant à tort à la réalité de la dette, il s'était acquitté, il aurait pour répéter l'indû une *condictio indebiti* perpétuelle : pourquoi lui refuser, dans le cas où il n'a

(1) Hugolinus (éd. Haenel) § 239, sur *C.*, 4, 30, 13 : *Dicit Dominus Al. (Albericus), quod exceptio non num. pec. non potest opponi publico instrumento, si prima facie adpareat instrumentum sine vituperatione et adeo facit pro creditore, quod nullo modo habet necesse probare, pecuniam se numerasse; debitor vero, quantumque voluerit etiam usque ad XXX annos, poterit probare, pecuniam sibi non fuisse numeratam.*

(2) *Cod. Chis.* (éd. Haenel) § 4, sur *C.*, 2, 6, 3, : *Dicunt quidam, quod, etiamsi non opposuit intra certum tempus exceptionem non numeratae pecuniae, non obest et hoc ideo simulate sit actum, ut lex circumveniretur. Alii contra.* Cf. Hugolinus (éd. Haenel) § 20, sur le même texte.

(3) *Vel. coll.* (éd. Haenel) § 40 : *Dicit Jacobus, aequitatem esse, ut post biennium volens quis exceptionem non numeratae pecuniae opponere, audiat, si velit in se transferre onus probationis... et quia, si intra biennium solvisset, condictio indebiti, quae est perpetua, ei competeret, ergo post biennium si non solvit, exceptionem opponere potest.* Cf. Rogerius (éd. Haenel) § 11.

pas encore payé après deux ans, un moyen de défense? Hugo défendit la même solution (1). Mais les autres Docteurs repoussent cette extension : passé le délai imparti le débiteur, fût-il un pupille, est contraint de payer; il ne peut exciper de l'absence de cause, prit-il la preuve à sa charge. Cette doctrine est mise sous le nom de Bulgarus et d'Albericus (2). Avoir laissé passer deux ans sans protester équivaut, d'après eux, à reconnaître la dette : l'obligation due *ab initio civiliter* est à ce moment due aussi *naturaliter*. D'ailleurs, l'indû qui aurait été payé, ne peut être répété après deux ans.

Il y avait un cas, où toute discussion pouvait sembler close : celui du billet dans lequel une personne reconnaissait avoir reçu de l'argent pour cause honteuse. N'y avait-il pas là un vice irrémédiable que le temps ne pouvait effacer? C'est l'argument que donne Martinus pour qui l'exception reste perpétuellement ouverte (3). Mais Bulgarus entend limiter à deux ans le jeu de celle-ci. Si, dans la stipulation, le paiement de plein gré fait disparaître le caractère honteux de la promesse, dans le chirographe l'écoulement de deux années, durant lesquelles aucune contestation ne s'est élevée, paraît une confirmation volontaire, quoique tacite, de l'obligation. Il vaudrait mieux dire qu'il y a une vraie novation : ce n'est plus en

(1) *Cod. Chis.* (éd. Haenel) § 114.

(2) *Cod. Chis.*, l. c. : *Amplius* (après l'expiration du délai de deux ans) *non debeo audiri, quoniam omnimodo biennium habeo pro numeratione, et quod erat tantum antea civiliter debitum, efficitur civiliter et naturaliter debitum... et usque adeo verum est istud, ut, si credens debitor, se accepisse pecuniam, solverit, non repetet post biennium quod solutum est... Bul. (Bulgarus), Al. (Albericus).*

(3) *Vet. coll.* § 13 : *Martinus dicit, quod si cavi me accepisse pecuniam ob turpem causam, quod perpetuo possum opponere exceptionem non numeratae pecuniae... Bulgarus dicit intra biennium tantum... Cf. Rogerius § 62, Hugolinus § 200 : Alii, ut M. (Martinus)... dicunt, quod perpetuo audieris, volens probare, ex turpi causa jam dictam cautionem omissam..., quoniam, quum ab initio turpis fuisset promissio, ex biennii transcurusione confirmari non potuit, maxime, quum praecedentis turpitudinis causam vel pactionem considerare debemus.*

vertu d'une cause honteuse que la dette est due, mais en vertu d'un aveu, *quasi sponte* (1). Ainsi, dans cette doctrine très étroite, non seulement l'absence de cause, mais le caractère illicite de celle-ci, ne constituent pas un obstacle à la validité du contrat, passé les deux ans, où l'*exceptio non num. pec.* est ouverte. L'effet immédiat des *verba* dans la stipulation était moins absolu, car l'exception de dol subsistait.

*

L'échange des paroles dans le contrat *verbis*, comme la rédaction d'un écrit, étaient des garanties contre la précipitation : l'échec partiel que subissait la notion de cause dans les cas précédents restait sans danger. Mais, comment comprendre l'audace de Jacobus, attribuant force obligatoire à l'aveu extra-judiciaire, sans forme, ce dernier eût-il lieu sans cause (2)? La Doctrine courante — dont nous ne connaissons que des échos, il est vrai, tardifs — n'accordait

(1) Hugolinus § 200 : *Licet enim ex turpi causa chirographum sit omissum; quia tamen tu ipse te debere scripseris, biennio transacto non audieris... quoniam, sicut turpitudine in stipulatione per spontaneam solutionem videtur sublata..., sic in chirographo tua taciturnitate et biennii transcur-sione jam non videtur temporis causa superesse, quum jam cum effectu tenearis, et sic quasi sponte, non etiam ex turpi causa debere videaris et haec dicebat B (Bulgarus).*

(2) Les témoignages sur le système de Jacobus appartiennent à deux catégories de sources : 1°) Un recueil de *distinctiones* (Collection de Bamberg, éd. Seckel, p. 411) : *Adeo confessionem extra jus factam prejudicare dicebat Jacobus, ut nisi qui est confessus, contrarium probet, dampnari debeat.* 2°) Des textes de la grande Glose : gl. *quoniam intelligitur*, D., 3, 2, 5 *Jacobus... nam dicebat confessionem extra judicium factam praejudicare et pro reo cum habere, nisi probet contrarium*; gl. *solvere*, C, 7, 59, 1 : *Sed Ja. (Jacobus) antiquus dicit valere etiam extra jus, et etiam sine causa ad obligandum... Item pro se inducebat quandam falsam authen., quam hic habebat quae sic dicit : si debitor fuerit confessus de debito vel de aliis rebus coram vicinis et amicis, ac si coram iudice confessus fuisset pro eo habetur.* On remarquera que de ces trois textes, le dernier seul fait nettement allusion à un aveu *ad obligandum sine causa*. Les deux premiers témoignages ne parlaient pas de cause, et disaient simplement que l'aveu *praejudicat*, ce qui peut s'entendre aussi d'une *confessio ad probandum*.

qu'à l'aveu *in jure* le privilège d'entraîner la condamnation d'un débiteur qui reconnaît sa dette, sans dire la cause de celle-ci. C'était comme une sentence qu'une personne portait contre elle-même et l'on sait qu'il n'est point besoin de cause à un jugement; de plus, la présence d'un juge était regardée comme supplétive de la forme. Mais comment justifier l'absence de cause dans un cas où aucun de ces motifs n'existe? Aussi, n'est-ce pas en rapprochant l'aveu simple de la *confessio in jure*, pour étendre les règles de celle-ci, que notre auteur rend compte de la solution qu'il défend (1). On prête à l'*antiquus Doctor* ce raisonnement tout formel : si la quittance libératoire est parfaite dès qu'un créancier s'avoue satisfait, pourquoi n'en serait-il pas de même de la reconnaissance de dette pure et simple? On dit qu'un créancier ne libérera pas à tort son débiteur; pense-t-on qu'une personne s'engagera plus facilement à la légère? D'ailleurs les mêmes règles s'imposent aux actes contraires : *contrariorum eadem est disciplina seu ratio*. Comme la quittance, l'aveu doit être valable, même sans cause (2).

Cette réaction contre l'acte causé ne dura qu'un temps. Mais, si la doctrine de Jacobus fut toujours rejetée, il fut plus difficile de revenir à la stipulation causée. Les Romanistes ne parvinrent à ce résultat que par des artifices de procédure.

* * *

C'est, en effet, aux nouvelles conceptions qui firent de l'action en justice le reflet du droit mis en œuvre, que

(1) La glose *solvere*, citée note 2 *supra*, dit cependant que Jacobus invoquait une Authentique assimilant l'aveu *coram vicinis et amicis* à l'aveu *in judicio*.

(2) Cinus, sur C., 4, 30, 13 : *Una est sententia Jac. (Jacobi) antiqui Doctoris... quod talis confessio (inter vivos) ponat obligationem et actionem... Et quod istud est verum, probatur fortius. Nam illud debet operari confessio obligatoria quantum ad obligationem, quod operatur illico confessio liberatoria*

l'idée de cause de Placentin à Accurse dut sa revanche.

Qu'est-ce donc que l'action ou plutôt le *libellus actionis* pour Placentin ? Vu du côté du demandeur, il n'est pas autre chose que l'exposé du droit dont celui-ci réclame l'exécution. Jadis, l'action supposait l'accomplissement de certains rites. Aujourd'hui, elle n'est plus que la démonstration, *argumentum*, de la prétention portée en justice ; elle explique pourquoi telle personne se prétend créancière, propriétaire. Une formule qui fit fortune résume cette conception : *actio nihil aliud est quam causa, quam ratio* (1). Elle n'est pas la forme suivant laquelle s'intente et se poursuit un procès, mais l'ensemble des raisons qui soustiennent la réclamation du demandeur.

Dans le libelle figureront tous les termes de cette argumentation. Si j'agis en revendication d'un bien, il ne suffit pas que je dise : je suis propriétaire ; je dois fournir la *ratio* : ce bien m'appartient *ex venditione vel traditione*. Si je prétends être créancier, en vertu d'un chirographe, je dois déclarer pourquoi le billet a été souscrit *ex mutuo, ex vendito* ; si je réclame de l'argent, je dois indiquer la cause de la dette : *redde mihi centum, quae mihi debes, quia tibi credidi*. (2)

quantum ad liberationem, ut contrariorum eadem sit disciplina seu ratio... confessio liberatoria, extra jus emissa, liberationem inducit. Ergo obligatoria inducit obligationem.

(1) Sur cette doctrine, dont les origines sont incertaines (v. glose de Cologne (éd. Fitting) § 10 : *actiones vero sunt causae*), voir Bethmann-Hollweg *Der germ. rôm. Civilpr.* t. 3 § 120, Karsten, *op. cit.*, p. 193, Tourtoulon, *op. cit.*, p. 175. Le texte de Placentin qui résume le mieux son système est au *De variet. act.*, 1, 1 : *Erit itaque actio non quaecumque petitio vel intentio sed quae subijcitur petitioni fundandae intentionis causa, ratio. Ecce enim inquit actor, rem vendico, quia res mea est; haereditatem peto, quia haeres sum. Hae certae subjectae rationes procul dubio sunt actiones... Nihil aliud est argumentum quam actio quae subijcitur et quod inducitur ad probandum positum dubium.* C'est à ce texte que se réfère le passage du *Commentaire aux Institutes*, 4, 6 : *Actio nihil aliud est quam ratio, subijcitur ut fundetur petitio, probetur petitoris intentio.*

(2) Placentin, *Somme aux Institutes*, 4, 6 : *Nihil aliud erit ratio quam argumentum proprium quod allegetur ut id quod petitur fiat. Ecce enim ab initio quis dicit : redde centum quae mihi debes, quia tibi credidi, certe sufficit istud ut reus condemnetur, nisi inficietur.*

Cette liaison entre l'action et la *causa debili* ne disparaît elle pas dans l'hypothèse d'une action dite *generalis* comme la *condictio certi*? C'est uniquement du caractère certain de l'objet que dépend l'octroi de l'action (1); peu importe le titre auquel la dette est réclamée. La division de cette *condictio* en actions particulières n'a pas d'autre principe que la nature de son objet; elle est dite, par exemple, *triticaria* quand c'est un genre déterminé qui est réclamé, sans égard à la cause de l'obligation. Ce serait un échec grave à la théorie de Placentin, s'il fallait admettre qu'une action, aussi largement ouverte que la *condictio certi* puisse valoir, sans qu'on ait à établir son rapport avec la cause du droit qu'elle sanctionne. Le Sommiste n'a pas pris la précaution, comme fera plus tard la Grande Glose, d'avertir que le caractère général d'une action ne soustrait pas celle-ci à la nécessité d'une cause. L'hésitation est donc permise : il semble que pour la *condictio triticaria*, l'indication de la cause ne soit pas requise (2), ce qui ne laisse pas d'entraîner des difficultés pratiques pour le jeu des exceptions; mais dans les deux autres cas où joue la *condictio certi* : *mutuum*, stipulation ayant pour objet un *certum*, aucun texte n'autorise le demandeur à taire la cause de son action; c'est elle qui permettra de reconnaître la source de la dette *mutuum* ou stipulation (3). Tel est le champ d'application très large du système procédural de Placentin.

(1) Placentin, *De variet. act.*, 2, 2 : *Condictio certi generalis est ex communi causa competens, ex qua certum debetur, sive ex causa contractus vel quasi, sive ex causa malefacii vel quasi... Certum est quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid, quale quantumque sit.*

(2) Placentin, *De variet. act.*, 2, 4 : *Competit autem triticaria in eum qui debet speciem quamcumque et ejus heredem, non distincta causa* (c'est-à-dire sans que la cause ait été exprimée à part). Cf. Placentin, *l. c.*, 2, 2 : *una (certi condictio) est, que vocatur triticaria, qua species petitur ex quacumque causa debita.*

(3) Placentin, *l. c.*, 2, 2 : *Altera est, qua repetitur mutuum non idem set tantumdem sub eodem genere et pereque bonum, puta frumentum, oleum, aurum. tercia est certi condictio, qua petitur etiam pecunia numerata stipulatione promissa, non ex mutuo debita.*

Dans quelle mesure la nécessité de désigner la cause de l'action met-elle obstacle à la reconnaissance judiciaire des contrats abstraits? Remarquons que les deux problèmes de la cause dans l'action et de la cause dans l'obligation, sont foncièrement différents, bien que l'on passe naturellement de l'un à l'autre. La *causa actionis* est un moyen d'individualiser une action, qui remplace l'*editio* désuète, c'est-à-dire la désignation nominale de l'*actio*(1); le demandeur n'est tenu qu'à déclarer le rapport de droit, qui fonde l'action. Mais l'expression de celui-ci, en soi, ne comprend pas nécessairement l'indication de la cause de la dette. *Causa actionis*, *causa debiti* sont choses distinctes : elles ne coïncident que dans les contrats qui, comme la vente, le louage, le prêt, portent leur cause incluse dans leur nom. Il n'en va plus de même dans des actes, comme la stipulation, dans lesquels l'expression du lien juridique soutien de la demande ne révèle pas la cause de celui-ci, c'est-à-dire le *negotium* qui explique son existence. Un demandeur aura satisfait à la règle de la désignation de la *causa actionis*, lorsqu'il aura dit : « Je demande 10 à Pierre, parce qu'il me les a promis par stipulation. » Il n'aura cependant rien dévoilé de la véritable opération qui eut lieu entre lui et Pierre, et qui forme la cause de l'engagement. Faut-il conclure que l'expression de la *causa actionis*, doit, pour être complète, s'étendre à celle de la *causa debiti*? Placentin ne répond pas à cette question, comme fera plus tard la Giose. L'absence de formule de libelle ne permet pas de conclure. Un *Ordo judiciarius*, auquel on donne pour prototype le *De varietate actionum* de notre auteur n'est pas plus explicite : il montre seulement que lors de la conclusion d'une stipulation, les contractants n'avaient pas à se préoccuper de

(1) Le but direct du système de Placentin sur la *causa actionis* est de remplacer l'*editio actionis*. Cf. *de variet. act.*, I, 1. C'est sur ce point qu'il sera critiqué par les auteurs postérieurs.

faire mention dans leur conversation de la cause de leur accord. Mais il ne dit pas si, devant un juge, le créancier qui se prévaut de la convention, ne doit pas être amené à déclarer la raison d'être de la dette (1). Un passage de Placentin, semble énoncer un principe, tout proche de celui qu'avait admis Irnerius : « *stipulatio quae non est causa subnixa non valet* », mais les exemples dont notre auteur l'illustrent ne permettent pas de lui donner une portée générale (2). Dans un autre cas, où il est parlé d'une sti-

(1) *Incerti auctoris ordo iudiciarius* (éd. Gross) 2, 7 § 1 : *Promittis michi centum? et ipse respondet: Promitto. Similiter si dicam: Facies michi domum? et ipse respondet: Faciam*. Au § 8, il est question d'une stipulation, qui suit un pacte. Le caractère illicite du pacte entraîne la nullité de la stipulation; celle-ci n'est donc pas pleinement indépendante des circonstances où elle a été passée. Mais les différentes actions qui naissent d'elle (§ 11), ne semblent dépendre que du caractère certain ou incertain de son objet.

(2) Il n'y a qu'une hypothèse absolument claire et certaine, où la stipulation est nulle : c'est le cas classique de la stipulation faite pour plaisanter, *Somme au Code*, 8, 41. A côté, parmi les stipulations qualifiées inutiles, figure la *stipulatio inutilis ratione causae multipliciter* : *Somme au Code*, 8, 42 : *Ratione causae multis modis inutilis est. ecce in arbitrium promissoris collata nihil valet. Item conjugalis copula vinculo poenalis stipulationis obstricta non tenetur. Causa* doit ici s'entendre de l'objet de l'accord; l'acte est nul comme ayant un objet indéterminé, laissé à l'appréciation du débiteur, ou illicite, parce qu'il est contraire à la liberté du divorce. Le texte continue : *Sed et stipulatio, quae non est causa subnixa non valet : puta si quis tanquam libertus cum non esset operas promissit, etiamsi iuraverit non tenetur, ut ff. de fidejuss. l. si quis (D., 46, 1, 56). Sed et si servus hereditarius usumfructum stipuletur etiam sub conditione, nihil agit : et quia usufructus personam desiderat et quia stipulatio ex praesenti vires accipere debet, ut ff. de stipulat. servo. l. usufructus (D., 45, 3, 26)*. La stipulation qui intervient en vue de réaliser une opération (*promissio operae*, constitution d'usufruit) qui ne peut être que factice, en raison de la situation des parties, ne donne pas d'action : ainsi, dit notre auteur déformant un texte romain qui vise une hypothèse différente (*D.*, 46, 1, 56), une promesse de *dare operas*, dans un cas où la condition des parties ne permet pas de faire la prestation des *operae*, n'entraîne pas d'action; de même la stipulation d'usufruit faite par un esclave héréditaire ne vaut pas; cet esclave est sans maître, or *usufructus personam desiderat*; même si une condition est apposée à l'acte, celui-ci reste *inutilis*, car c'est au moment où il est passé, et non à l'époque où la condition échet, qu'il convient d'apprécier la validité de la stipulation; or au moment où il stipulait, l'esclave était sans maître. Peut-on voir dans la phrase, *stipulatio quae...* l'expression du principe que seule est efficace la stipulation causée, c'est-à-dire celle qui révèle la nature du *negotium* en vue duquel elle a été passée? Karsten a soutenu cette opi-

pulation faite pour une cause antécédente, *propter causam quae praecesserit*, le rattachement du contrat à sa cause n'est pas étudié en ce qui touche son efficacité, mais uniquement en ce qui concerne la quotité de l'objet dû (1). Il reste ainsi un doute sur la nécessité du rattachement de la stipulation à une cause.

*

Quelles furent les conséquences de l'exclusion de l'action abstraite sur toute la série des actes écrits, de l'*obligatio litteris* à la simple *cautio*? Il en alla très différemment suivant les cas, car l'écrit, d'après Placentin, est tantôt une véritable source d'obligation, tantôt un simple moyen de preuve. Si l'expression de la cause est indifférente dans la première hypothèse, par contre, elle est capitale dans la seconde.

nion, *op. cit.*, p. 193-194. Mais les deux exemples donnés par Placentin commandent, croyons-nous, d'en restreindre la portée :

1° Une question reste sans solution : le demandeur, agissant *ex stipulatu*, doit-il toujours exprimer la *causa debili*, ce que suppose l'exclusion radicale de l'acte abstrait? La cause doit être connue, même lorsque la stipulation n'est pas arguée de nullité. Dans le système de Placentin, c'est seulement dans le cas où l'on attaque le contrat verbal, et au moment de la preuve que la cause doit être recherchée.

2° Les exemples précités se rapportent uniquement au cas où le *negotium* n'a qu'une apparence de régularité, en raison de la situation irrégulière des parties. La stipulation pourrait-elle être arguée de nullité, si ce *negotium* était défectueux pour un motif autre que la condition personnelle des parties?

Une autre passage de la *Summa Codicis*, I, 18, *pr.* : *At enim sunt casus in quibus omnis juris civilis vel praetorii (auxilium) ignaro succurritur : ut si quis sine causa se obligaverit*, est trop général, pour qu'on en puisse tirer une conclusion précise pour la stipulation. Il semble d'ailleurs, rapproché des autres exemples du texte (fils qui a reçu de l'argent — femme qui a intercédé pour autrui), se rapporter plutôt à l'exercice d'une *condictio sine causa* en répétition.

(1) Placentin, *De variet. act.*, 2, 18 : *Venit in hac accione (actio ex stipulatu) id solum quod promissum est... nisi propter causam quae praecesserit, puta propter emptionem stipulatio fiat. tunc enim stipulatio etiam vacuam possessionem tradi non nudum factum sed etiam causam bonorum continet, ut D. cod. loc. l. in convent. (D., 45, 1, 52, 1).*

L'*obligatio litterarum*, dite aussi chirographe, est exclusivement rattachée au *mutuum*. A vrai dire elle n'est qu'un *mutuum* escompté (1). Elle est une source de dette et non un moyen de preuve (2) : elle fait naître la *condictio ex mutuo*, mais elle ne peut servir à prouver la numération des derniers : durant deux ans, l'*exceptio non num. pec.* s'y oppose. Le créancier auquel elle a conféré le droit d'agir en justice, doit soutenir sa demande par des preuves indépendantes de l'écrit (3). Ce chirographe donne un titre à intenter une action, mais il ne prouve pas la cause de celle-ci. Aussi la mention de cette cause n'est-elle pas obligatoire : *quandoque « expressim spe futurae numerationis », quandoque « simpliciter » se debere* (4). Qu'importe que la numération soit indiquée, puisque l'écrit ne sert de rien pour la démontrer ! Ainsi le chirographe peut être un acte abstrait. Mais qu'on ne le rapproche pas de la stipulation ! Celle-ci est une forme générale qui peut couvrir

(1) Placentin, *Somme aux Institutes*, 3, 20 : *Literis contrahitur obligatio : puta si quis scripserit scribe fecerit se accepisse quod ei non fuerit numeratum*. Les éléments du contrat sont très exactement décrits : un écrit privé ou public (*si quis...*) relatant par anticipation une numération de deniers. Point n'est besoin de l'adjonction d'une promesse de payer ; toutefois ce n'est pas le fait de la rédaction d'un écrit, mais l'intention de s'obliger qui est la source véritable des effets du contrat. *Somme aux Institutes*, 3, 12 : *Ecce chirographo quis se obligavit, hic, inquam, obligatus non est nec oratione figurati si velit tali, neque vocali, sed oratione intellectuali*.

(2) V. le texte cité, *supra*, note 1 : *Literis contrahitur obligatio... nascitur ex tali chirographo condictio ; Distinctiones* (éd. Seckel), p. 353 : *Cyrogaphum sive obligatio*.

(3) Placentin, *Somme aux Institutes*, 3, 20 : *Condictio... sed inefficax per exceptionem non num. pec. intra biennium...* La situation du défendeur est privilégiée : en excipant, il n'a aucune preuve à fournir : *De variet. act.*, 3, 3 : *Nec probationis onus ei imminet*.

(4) Placentin, *Somme au Code*, 4, 30 : *Cavet quoque se accepisse quod non accepit... quandoque expressim spe futurae numerationis, quandoque simpliciter se debere*. Sur ce texte et le système de Placentin sur l'*obligatio litterarum*, voir Karsten, *op. cit.*, p. 200 qui considère l'*obligatio litterarum*, comme un titre abstrait, créateur d'obligation, entièrement contraire à la *cautio* écrite contenant un aveu de dette. Cette opposition très réelle, a été exagérée par l'auteur qui ne connaissait pas les *Distinctiones* de Placentin (éd. Pescatores).

toutes sortes d'opérations. L'*obligatio litterarum* ne sert qu'à réaliser un *mutuum*; il est toujours facile de sous-entendre sa cause. De plus, il faut remarquer que seule l'arrivée de la cause peut rendre efficace l'obligation née *litteris*, en faisant disparaître l'obstacle qui résulte de l'*exceptio non num. pec.* Placentin explique de plusieurs façons cette transformation : la numération remplit la substance de l'obligation première, *impletur primae obligationis substantia* (1). Il dit encore, reprenant les errements des quatre Docteurs, qu'au lien primitif purement civil, créé par les *litterae*, s'adjoint par l'effet de la numération un lien naturel, ou qu'au contrat *litteris* s'ajoute un contrat réel (2). Mais il faut se garder de croire que l'obligation littérale se transforme en obligation réelle ou que la première est remplacée par la seconde née du *mutuum*; il n'y a que la stipulation qui ait une fonction novatoire (3). A cette numération, Placentin assimile l'écoulement du délai de deux ans, dans lequel est enfermé le jeu de l'*exceptio non num. pec.* (4); l'équivalence entre les deux actes est complète, puisque, passé deux ans, ni la *condictio incerti* ni l'exception de dol ne sont admises, fût-ce au profit d'un mineur (5). C'était déjà la doctrine restrictive

(1) Placentin, *Somme aux Institutes*, 3, 20.

(2) Placentin, *l. c.*, note 1, *supra*: *Obligatio primo civilis tantum fit naturalis. Et qui primo erat tantum litteris obligatus incipit et re... Si quis hodie scripserit se accepisse nec acceperit, si postea accepit... an litteris sit obligatus? respondeo, imo et litteris erit obligatus et re.*

(3) Placentin, *l. c.*, suite : *Illud enim dicere est absurdum, ut literalis obligatio transjundatur in realem, vel ut praecedens litterarum obligatio perimitur per sequentem ex mutuo. nec enim obligationem perimit obligatio nisi sola stipulatio.*

(4) Placentin *l. c.* suite : *Post excessum biennium tanquam si numeraretur pecunia.*

(5) Placentin, *l. c.*, suite : *Etiam pupillus post biennium nec excipere nec solum repetere jure veteri poterit... major post biennium non habet auxilium nec conditionis incerti, nec exceptionem doli mali... Non habet major regulariter auxilium. Cf Distinctiones (éd. Seckel) p. 353 : Si quis spe futurae numérationis scripsit se accepisse mutuum pecuniam, cum non acceperit per hanc conditionem (incerti) repetet intra biennium, ulterius autem non auditur.*

de Bulgarus. On s'étonne moins de la rencontrer sous la plume de Placentin, élève de Martinus, lorsqu'on sait le rôle étroit qu'il accorde à la *causa stipulationis*.

En opposition radicale avec l'obligation littérale est la reconnaissance de dette écrite (1): ce n'est plus qu'un moyen de preuve susceptible d'être combattu par la preuve contraire. Mais sa force probante est subordonnée à l'expression d'une cause (2). Seul, l'écrit destiné à faire preuve d'une libération ou d'un paiement peut se passer d'elle (3). La *cautio* abstraite relatant un engagement est privée de tout effet: *nil praejudicat*, elle n'entraîne même pas une présomption (4). Si l'écrit est causé (*causa antecedens, vetustior*, qui consiste en un dépôt, une vente, un louage, etc., à l'exception du *mutuum*) (5), il fait preuve complète que la cause relatée soit réellement passée ou non (6). Celle-ci ne peut être contestée que par d'autres témoignages écrits. Telle est la doctrine exprimée dans les Sommes aux Institutes et au Code (7).

(1) Somme au Code, 4, 30 : *Interdum quis scribit expressim spe futurae numerationis se debere... interdum scribit quis se debere ex causa veteri*. L'opposition entre les deux hypothèses est fortement marquée par *interdum... interdum*.

(2) Placentin, Somme aux Institutes l. c., supra p. 59, note 1 : *Si enim alias aliquis caverit, id est se quippiam debere ex causa aliqua antecedente et vetustiore, praeterquam ex causa mutui*. Somme au Code, 4, 30 : *Quia specialiter promissor eam (causam veterem) edixerit, solvere necesse habet*.

(3) Placentin, Distinctiones (éd. Pescatore) n° 86 : *Confessio ad liberandum statim (sine causa) praejudicat*.

(4) Placentin, Distinctio, citée note 3, supra : *Confessio... indiscrete loquitur... nil praejudicat*.

(5) Voir le texte cité note 2, supra : *Praeterquam ex causa mutui*.

(6) Placentin, Somme au Code, 4, 30 : *Estque hoc verum, sive causa vetus scriptis inserta antecesserit, sive non: sufficit enim quod scriptura perhibet*.

(7) Un passage de la Distinctio déjà citée (éd. Pescatore) n° 86 ajoute aux deux cas précédents : *litterarum obligatio, cautio ex causa veteri*, une nouvelle hypothèse: celle d'une *cautio* sans *causa vetustior* : il déclare qu'elle fait preuve, mais il autorise à prouver le contraire par témoin : *si vero non adiciat causam vetustiore sibi praejudicat, sed tamen poterit probare contrarium per testes omni exceptione majores, ut C. de con. sii. l. optimam (C.)*

Elle est incomplète, puisque l'aveu d'une dette peut avoir lieu dans des circonstances qui ne permettent pas la rédaction d'un écrit (aveu *in ultima voluntate*), ou qui rendent celle-ci superflue (aveu *in iudicio*); qu'advient-il, en outre, du simple aveu entre vifs, qui n'a pas été rédigé par écrit? Ce sont ces cas nouveaux que prévoit une *Distinctio* attribuée à Placentin. Il est significatif, que celui-ci rapproche du contrat *litteris* et de la *cautio*, exemples de *confessio solemniter per scripturam*, l'aveu extra-judiciaire (1). C'est le premier indice de la conception nouvelle qui, à partir de Jean Bassien, interprètera l'*obligatio litterarum*, comme une espèce d'aveu. Mais un progrès capital reste à réaliser : donner une valeur au simple aveu. Or Placentin y a échoué. L'aveu extra-judiciaire *non solemniter*, c'est-à-dire privé de la forme écrite, la déclaration orale de dette (*simplex sermo*) ne déterminent aucune obligation, eussent-ils été rendus *in ultima voluntate*; seule l'adjonction d'un acte formel comme le serment peut les rendre efficaces (2). C'est le renversement complet

8, 37, 14). Il est impossible d'entendre les termes *non adiciat causam*, d'un écrit abstrait, puisque, suivant le texte, celui-ci *praejudicat*. L'allusion à la loi *optimam* donne à penser que les mots *sed stipulatio intercessit* sont sous-entendus : l'écrit n'énonce pas la cause, il est sans force en tant que moyen de preuve, mais comme une stipulation y est jointe, celle-ci fait naître une obligation, dont il est permis de contester la validité, fût-ce par témoins. Jean Bassien qui suit de très près le texte de notre *distinctio*, rapporte la même hypothèse, mais précise qu'il y avait une stipulation adjointe : *Ordo judiciarius* (éd. Tamassia § 605 : *Si vero non adiciat causam vetustiore, sed tantum stipulatio subsecuta conscribatur fit prejudicium...* § 606 : *dicunt quidam... nisi vetustior causa adiciatur, probationem contrarii, non solum per alia instrumenta, sed etiam per testes admittendam.*

(1) La Distinction n° 86 (éd. Pescatore) suit le plan suivant : I. *confessio solemniter per scripturam*. II. *confessio non solemniter sed simplici sermone*. C'est sous la catégorie générale *confessio* qu'elle étudie l'*obligatio litterarum* appelée *scriptura solemniter... ubi adicitur causa numerationis*.

(2) *Distinctio* précitée : *Si extra jus non solemniter... ad obligandum, in ultima voluntate... subnixum juramento, standum est confessioni; vel non (subnixum juramento) non praejudicat nisi ex mente testantis presumatur habere vim fidei commissi. tunc enim non agitur ex causa debili, sed ex causa*

du système de Jacobus. Entre ces deux positions extrêmes, les successeurs de Placentin trouveront la voie moyenne : l'expression de sa cause donne à l'aveu une certaine force.

*

Ainsi, si générale que soit la doctrine Placentinienne de la *causa actionis*, des doutes subsistent sur sa portée. Si la cause est nécessairement partie de l'écrit probatoire, il n'en va plus de même dans les actes créateurs d'obligations. Il est indifférent que les parties expriment la cause de la dette en stipulant ou en souscrivant une obligation littérale. Il n'y a pas de preuve qu'un libelle doive contenir, outre la mention du contrat, source de la dette, la mention de la cause de l'obligation, sous peine d'être refusé, comme ineptement formé, par les parties ou par le juge. Aussi bien, lors de la formation de l'accord personnel des contractants, comme au moment de l'exécution judiciaire de celui-ci, il n'y a aucune trace certaine de la présence d'une cause. Enfin, Placentin ne semble pas avoir aperçu le parti qu'il était possible de tirer de la cause pour rendre obligatoire une convention sans forme. C'est sur ces points que la glose d'Accurse et les *ordines judicarii* canoniques marqueront les progrès décisifs.

* * *

Mais l'orientation que prit chez les successeurs immédiats de Placentin, la doctrine de l'*obligatio litteris* devait faciliter ces perfectionnements.

A première vue, cependant, le moment était peu propice. L'attitude anti-formaliste du grand Sommiste est criti-

fidei commissi... inter vivos, non praejudicat confessio, ut D., de interrog. act. l. ult. (D., 11, 1, 22) licet presumptionem inducat, ut D., de agnos. li. l. 1 (D., 25, 3, 1, 2).

quée. Jean Bassien rejette l'assimilation dogmatique entre l'action et la cause (1), et exige, en principe, que le nom de l'action soit énoncé au libelle. Azo voit dans la forme écrite : *figura litterarum*, un élément essentiel du contrat *litteris*, qui coopère à sa valeur au même titre que l'*oratio intellectualis*. (2) Mais ces disputes sont théoriques. Non seulement l'on a garde de répudier les conséquences pratiques des idées procédurales de Placentin, mais on tente de les développer : il est maintenant avéré que la *condictio certi* suppose l'expression de sa cause (3).

La stipulation, cependant, demeure une forme abstraite : il est certain qu'un demandeur, intentant l'action *ex stipulatu* ou la *condictio certi* (4), n'a qu'à relater dans son libelle l'existence de la stipulation, sans avoir à mentionner la cause de celle-ci. Azo critique ceux qui ont voulu tirer argument de la loi *cum de indebito*, relative à la *cautio*, pour imposer au créancier de nommer la cause de sa stipulation (5). Jean Bassien, plus proche de Placentin, semblait même encore opposer l'aveu d'une dette antérieure,

(1) Jean Bassien, *De ordine judiciorum* (éd. Tamasia) § 131 : (Placentinus) dicit enim rem ipsam, ut ita dixerim, rationem debendi [esse actionem] Quod quidem infinitis rationibus posset reprobare et reprobabo dante domino cum tempus habuero. Cf. Azo, *Lectura ad Cod.*, 2, 1 : *Tria sunt distincta.. nec actio erit idem cum obligatione, vel causa ex qua ipsa oritur.*

(2) Azo, *Somme aux Institutes*, 3, 20 : *Ego intelligo utrumque cooperari. ad obligationem, id est significativam orationem et ipsas litteras : ut etiam ex ipsis litteris nascatur obligatio et subaudio ibi sola.*

(3) Azo, *Somme au Code*, 2, 1 : *Ut si dico convenio te conditione certi... oportet adicere quia mihi donavit, dedit in dotem. Lectura in Cod.*, 2, 1 : *debet edi causa cum ea (actione), hoc est obligatio ex qua ipsa oritur.* Le but de l'editio est : *demonstrare speciem futurae litis*; il est des actions, comme les *conditiones certi* et *incerti*, qui montrent *potius genus causae quam speciem quia dantur ex maleficio vel quasi, ex contractu vel quasi... non debet intelligere quod sola edatur, imo cum comitantibus suis quae praecedunt vel insunt*

(4) Azo, *Somme au Code*, 2, 1 : *Vel promissit* (suite du passage cité *supra* note 3).

(5) Azo, *Lectura ad Cod.*, 4, 30, 13 : *Licet arg. illius § (D., 22, 3, 25 § 4). voluerunt quidam dicere quod si aliquis promittat et causam specialiter non dixerit, quia nulla est stipulatio. sed male dixerunt quia stipulatio verbis contrahitur et ex interrogatione et responsione, ut per tot. tit. de verb. ob. (D., 45, 1) unde dico quod valet stipulatio.*

et la *promissio*, créatrice d'obligation, toujours dispensée de cause. Ce serait seulement au cas où cette promesse aurait été faite en vue d'une cause déterminée, que la défaillance de celle-ci entraînerait la nullité de la stipulation (1); en règle générale, le contrat serait indépendant de sa cause. On admet plus généralement qu'il est toujours possible de contester la réalité de la cause, soit qu'il y ait eu promesse d'une chose indue, soit que l'erreur ait induit une personne à contracter (2). Ce dernier cas est expressément prévu par Azo : si un débiteur a promis, se croyant obligé par un engagement antérieur inexistant, il n'est pas tenu (3). Les auteurs hésitent entre les deux opinions suivantes : ou la stipulation n'a pas besoin d'une cause, ou elle repose sur une cause que sa forme fait présumer et qu'il est loisible de critiquer (4).

*

Partiellement mise en échec sur le terrain du contrat *verbis*, la cause fit un progrès décisif à propos du contrat littéral.

L'instrument de cette transformation fut la nouvelle analyse à laquelle ce contrat fut soumis à partir de Jean

(1) Jean Bassien, *lib. Auth., coll. VI de instr. cautel. et fide* : *Si autem est de obligatione : licet non sit ibi causa presumitur subesse cum omnia presumantur solemniter alias legitime acta... nec obstat ei quod dixi stipulationem sine causa valere id quod dicitur ff. de except. do. l. 2 § circa (D., 44, 4, 2 § 3) quia ibi respectu certe cause stipulatio fiebat, que causa non suberat, unde exceptio in factum vel doli apponitur.*

(2) V. Jean Bassien, *De ordine judiciorum* (éd. Tamassia) §519 qui admet l'exception de dol, et surtout, Azo, *Lectura ad Cod.*, 4, 30, 13 : *Si postea, velim probare indebite promissum vel sine causa errando bene possum.*

(3) L'opinion d'Azo est rapportée par la glose *causa*, D., 2, 14, 7, 3 : *Sed hunc § aliter intelligebat : ut puta, quia credebatur quis se mihi teneri, cum non teneretur et promissum ex ea falsa causa quae non suberat, quo casu non valet promissio.*

(4) Cf. Karsten, *op. cit.*, p. 194, qui cite en note (note 5) un texte d'Azo, *Somme aux Institutes*, 4, 13 : *Si dicet promissum mihi, prima facie reus videtur condemnandus.*

Bassien et qui apparaît déjà dans les Distinctions de Placentin. Au lieu d'être regardé comme une quatrième source autonome d'obligation, il est réduit à n'être qu'une espèce d'aveu extrajudiciaire (1); c'est l'aveu d'un *mutuum*, constaté par écrit, qui fonde seulement une présomption en faveur de la dette née d'un prêt (2). Il est de tous points comparable à la *cautio* constatant un dépôt, une vente; comme elle, il pourrait être combattu par la preuve contraire, si par une dérogation au droit commun, *l'exceptio non num. pec.* ne venait, pendant deux ans, détruire la présomption de cause, d'où résulte un commencement de preuve de la dette. Cette interprétation explique le rôle de la cause : il redevient ce qu'il était chez Placentin dans la simple *cautio*, c'est-à-dire un élément nécessaire à la force probante d'un acte. Si *l'obligatio litteris* a pu être conçue en termes abstraits, soyons assurés, qu'à partir de Jean Bassien et chez Azo, cette possibilité n'existe plus : *si causa non addiciatur, non praejudical confessio* (3). Par une conséquence naturelle de ce système, à l'écrit, simple mode de preuve, fut assimilé le témoignage : l'aveu oral, devant témoins, dûment causé, est mis sur le même rang que la *cautio discreta* (4).

Il était difficile pourtant de regarder exclusivement la *confessio mutui* comme un simple moyen de preuve.

(1) Jean Bassien, *De ordine judiciorum*, (éd. Tamassia) : le § 601 qui traite de l'ancienne obligation littérale est mis sous la rubrique générale *confessio* et classé dans les hypothèses de *confessiones extra jus*. On remarquera que jamais le terme *obligatio litteris* n'est employé; Jean Bassien dit toujours : *confessio sollemnis per scripturam*.

(2) Jean Bassien, *op. cit.*, § 370 : *Interdum... ex sola praesumptione, nisi contrarium probetur sententia datur...* § 371 : *Item si quis causa expressa et in scriptura se debere caverit, licet forte de non num. pec. excipiat.*

(3) Jean Bassien, *op. cit.*, § 601 : *Si enim hoc modo sollemniter confiteatur, nec causa addiciatur non praejudical confessio...* § 602 : *Si vero causa numerationis addicitur non fit prejudicium intra biennium, quia objicitur exceptio non num. pec. alioquin, nisi obiciatur, parit prejudicium.*

(4) Jean Bassien, *op. cit.*, §§ 598, 599 : (*Confessio*) *ex causa debiti, ad se obligandum... testibus ad hoc rogatis... extra jus parit prejudicium.*

La conception du triple *muluum* qui expliquait le rapprochement entre l'obligation littérale et la *confessio mutui*, mettait à part le *muluum civile tantum*, survivance du contrat littéral (1). Des expressions attestent la survivance des idées Placentiniennes¹ : Jean Bassien, qui ne veut pourtant considérer l'*obligatio litteris* que comme un aveu extrajudiciaire, parle de *confessio sollemnis facta per scripturam* (2). Le commentaire aux Institutes d'Azo oppose les *litterae* aux *verba* en tant que sources d'obligations, et s'il critique la tendance à modeler l'obligation littérale sur la stipulation, ce n'est pas parce qu'il oppose l'une à l'autre, comme un acte créateur de dette à un mode de preuve (3).

Mais, quelle que soit la conception générale à laquelle ils se rallient, nos auteurs ne pouvaient manquer de remarquer combien la *confessio mutui* était proche d'être une source d'obligations. En effet, après l'écoulement du délai bisannuel ouvert à l'exception *non num. pec.*, aucune preuve contraire ne restant possible, l'écrit entraîne infailliblement une *condemnatio*, à la seule condition que la cause soit exprimée. La liaison paraissait donc très nette entre la cause et la force obligatoire d'un acte juridique (4). C'est, sans doute, à cette circonstance que notre théorie

(1) Cf. Azo, *Somme au Code*, 4, 2; *Somme aux Institutes*, 3, 2; glose *religionem*, C., 4, 30, 13.

(2) Jean Bassien, *De ordine judiciorum* : (éd. Tamassia) §§ 600 et 601.

(3) Azo, *Somme aux Institutes*, 3, 20 : *Non solum per verba contrahitur obligatio, sed etiam litteris*. La comparaison avec la stipulation est critiquée, faut-il que l'obligation *litteris* soit conçue en termes futurs, comme on l'exige de la stipulation? Azo conclut : *Dicimus tamen, quod per verba praesentis vel preteriti temporis praesumitur obligatus : ut si scribat se debere*.

(4) Azo étend même le rôle de la cause en dehors de l'acte écrit, *Lectura ad Cod.*, 4, 30 : *Quid esset si non promississet in scriptis, sed vocatis testibus et expressa causa locationis vel simili. hic non dicat quod prejudicetur. sed quidam dixerunt quod non prejudicatur, quia non sollemnis est promissio id est in scriptis. dominus meus contra. licet enim in principio specialiter loquatur de scriptura, in fine tamen generaliter addit quod sua quisque voce dilucide etc. ergo cum fit ratio generalis, videtur quod locum habeat sive in scriptis protestatus est sive non*.

dut, contrairement à la doctrine Placentinienne qui la confinait strictement dans les actes probatoires, de déborder dans les cadres des actes créateurs d'obligations. La Grande Glose acheva ce travail, tirant les conséquences des doctrines de ses devanciers. C'est elle qui porta la cause à son apogée. Succès éphémère, puisque l'école des Dialecticiens français, développant sans doute les idées de Placentin devait lui disputer les plus importantes de ses conquêtes.

*
* * *

II. — La Grande Glose : l'extension de la notion de cause

Accurse n'innove point, mais il consolide les résultats acquis par ses devanciers. Du système d'Azo sur l'*obligatio litteris*, confondant mode de preuve et source d'obligation, la Glose tire en apparence la conséquence que l'expression d'une cause est apte à soutenir une obligation nouvelle, aussi bien qu'à assurer la force de la preuve d'une dette ancienne. On a disputé aux Romanistes l'idée de cette transposition de la cause dans l'obligation, en y voyant une influence de la pensée canonique (1), mais sans donner la preuve de cette antériorité. Ce glissement était cependant si naturel, et comme impliqué par les Institutes de Justinien, qu'il ne nous paraît pas surprenant qu'il ait été tenté par les Romanistes eux-mêmes. Il reste qu'il était profondément illogique avec leur système des pactes vêtus. De même que la démonstration d'une cause devient le fondement d'une déclaration non formelle de dette, un obstacle absolu va se dresser contre la validité de l'acte formel abstrait : une véritable fin de non-recevoir est portée contre les libelles qui ne font pas mention de la *causa debendi*. En même temps, l'application, restreinte,

(1) Karsten, *op. cit.*, pp. 202-208.

il est vrai, aux actes gratuits, du brocard *cessante causa finali, cessat effectus*, marquant un perfectionnement inconnu du droit romain dans l'analyse de la volonté libérale, expliquait le jeu des *condictiones* en répétition et de l'action en résolution. Enfin un domaine nouveau, celui des actes synallagmatiques, commence timidement à s'ouvrir à la cause.

* * *

A quels résultats pratiques conduisait le système de la *causa actionis* ? Avait-il seulement pour conséquences l'individualisation du rapport juridique, fondement de l'action, ou menait-il jusqu'à l'exclusion du caractère abstrait de celui-ci ? La Glose leva toute incertitude. En théorie, elle est pour Azo contre Placentin. Comme le premier, elle affirme l'indépendance de l'action et de la cause (1). Quelle meilleure preuve peut-on donner que ce simple fait : une cause peut exister sans qu'il y ait une action, parce que celle-ci est éteinte par prescription ? Mais dans la réalité, il y a entre elles une liaison intime, et comme une formule de libelle accompagne chaque contrat, il devient simple de rechercher si l'énoncé d'une cause, au sens procédural du mot, comporte l'indication de la *causa debili*, qui seule nous importe (2).

La réponse est très nette pour la stipulation : l'insertion du mot *promittere* est insuffisante(3); il est nécessaire

(1) Gl. *proinde*, D., 2, 13, 1, pr : *Potest esse vera causa et tamen actio non est vera : ut quia vere contraxi et fuit mihi obligatus, sed solvisti vel remisisti; et e contra potest esse vera actio et causa falsa : ut quia mihi te non obligasti, sed jure cesso ago et sic competit mihi actio*. Cf. gl. *actio*, Inst., 4, 6, pr.; gl. *namque agit*, Inst., l. c., in fine; gl. *libellum*, Nov. 53, ch. 3.

(2) La Glose a aperçu la distinction des deux causes: la première est dite *origo petitionis* (Gl. *si hominem*, D., 44, 2, 11), la seconde *ratio quare debetur* (Gl. *causa*, Nov. 73, ch. 2).

(3) Gl. *sine causa*, D., 44, 4, 2, § 3 : *Item an hic libellus sit admittendus : « peto decem, quia promisisti » ? Videtur quod non, quia promissio non sit causa sufficiens, ut hic, sicut nec haec est causa sufficiens, quia rex*

que le créancier demandeur énonce le but qu'il souhaite atteindre lorsqu'il contracte : se faire bâtir une maison, suivant l'exemple proposé par la Glose aux Institutes(1). La cause de la stipulation est donc la rémunération d'un louage de travail. Ailleurs, ce sera un *mutuum* ou tout acte similaire. De même, dans le constitut, la poursuite intentée contre celui qui promet de payer doit indiquer non seulement la dette constituée, mais aussi la cause de celle-ci (2).

Quant aux actions générales elles n'échappent plus à l'exigence d'une cause. Puisque la *condictio generalis* naît *ex omni causa*, est-il utile, demande la Glose, de préciser, dans chaque espèce, sa cause? Elle répond affirmativement, *ulique causa proponenda* et les formules de libelles sont conformes à cette règle (3). On ne trouverait,

est in Francia, sed adjicere debet : « *quia promissisti ex causa mutui,* » *licet sit argumentum contra supra tit. 2. l. cum de hoc* (D., 44, 2, 27). Mais la loi précitée ne vise que le jeu de l'exception *rei judicatae* : on ne peut agir plusieurs fois en vertu d'une même *causa*. La glose *proxima actionis* sur la loi précitée est de plus relative à une action réelle; elle distingue la *causa remota*, c'est-à-dire la propriété, et la *causa proxima*, c'est-à-dire l'acte d'acquisition, et conclut qu'il faut avoir égard aux deux. On voit mal l'objection que la Glose *sine causa* peut tirer de ce texte contre la nécessité d'une cause dans le libelle en matière personnelle.

(1) Gl. *rei persecuendae*, Inst., 4, 6, pr. : *Dico ego A contra B quod ipse promisit mihi facere domum per stipulationem et quia non fecit propono contra ipsum actionem ex stipulatu... Et licet nomen actionis non ponatur in ibello, sufficit tamen ponere causam, hanc scilicet : quia domum per stipulationem mihi facere promisit et non fecit.*

(2) Pour l'action de *constituta pecunia*, la Glose place la cause dans le fait même de la promesse de constitut, ce qui semble annoncer un acte abstrait : gl. *nulla*, Inst., 4, 6, § 9 : *Et erit causa istius actionis haec scilicet : quia constituit se mihi soluturum quod mihi debet.* Mais la cause de la dette à propos de laquelle alieu le constitut doit être indiquée dans le libelle de l'action de *pecunia constituta*, gl. précitée : *Dico ego A, contra B, quod ipse constituit se soluturum decem libras, quas ipse mihi debebat causa mutui.*

(3) Libelle pour la *condictio certi generalis*, à la suite de la gl. *sic itaque*, Inst., 4, 6, § 14 : *Dico ego T contra L quod ipse mihi debet equum ex causa emptionis, unde proponendo contra ipsum conductionem certi, peto eundem L ad traditionem equi ex causa praemissa mihi condemnari.* La glose ajoute plus loin : *in conductionibus generalibus adsignatur causa.* La glose *ut proinde* D., 2, 12, 13, précise que l'expression de la cause consiste dans la désignation du *negotium* : *Agō ad X conductionem certi ex mutuo; hoc quod dico ex mutuo, inest causa.*

sans doute, qu'une seule exception; elle concerne le cas du serment déféré au demandeur par son adversaire. Il est inutile que la cause de la dette soit exprimée; l'action réussira *etiam non adjecta causa*, car le serment se suffit. Peut-être, l'indifférence à l'égard de la cause tient-elle à la nature de cette action, où l'on n'a pas à rechercher si la dette affirmée est réelle, mais seulement si le serment a bien été prêté (1).

C'est donc, en règle générale, une véritable fin de non-recevoir que la Glose institue en matière personnelle contre la demande abstraite et, par surcroît, contre le contrat abstrait. Il faut que dès l'introduction de l'instance la cause soit connue. On n'admettrait pas un libelle sans cause, sous réserve qu'il soit complété après la *litis contestatio* (2). Mais il est possible que l'entente des parties ou la fraude rendent cette protection illusoire : les contractants, par exemple, renoncent à se prévaloir de l'exception de libelle ineptement formé, ou le demandeur insère dans sa *petitio* une cause factice ou exagérée (3). Comment obvier à ces dangers ? Deux remèdes s'offraient : permettre au juge étranger à la renonciation des parties de refuser, *ex officio suo*, le libelle mal formé et de suppléer

(1) Gl. *postulante*, Inst., 4, 6, § 11 : *Causa in isto libello erit talis : quia juravi... Si autem juravit formiter, id est adjecta causa : ut scilicet, quia ex causa mutui debebat...* Gl. *queritur*, Inst., l. c. : *Non queritur an ei pecunia debeatur, sed an juraverit* (ce sont les termes de Justinien) : *etiam si perjurium vellet probare, quia sufficit divina ultio*. Gl. *conveniri*. D., 12, 2, 13 : *Actione in factum, cum informiter sit juratum quantum ad X. de quibus non est dictum qua de causa debeantur*.

(2) La question fut discutée, postérieurement à la Glose : *Additio* à la glose *emendari*, C., 2, 1, 3 : ... *libellus non specificans causam agendi, an debeat admitti et an possit declarari post litem contestatam, tractat Jo. Fa. (Johannes Faber) in suo breviario*.

(3) Exemple de cause factice insérée dans l'*instrumentum*; combien plus facilement le serait-elle dans un libelle ! gl. *processerit*, C., 4, 30, 5 : *Dic quod mihi debebas X venditione, volui ut confitereris te recepisse a me ex causa mutui*. Exemple de cause exagérée, gl. *cum ultra hoc*, C., 4, 30, 9 : *Confessus fui me recepisse a te decem mutuo in instrumento, nec recepi nisi quinque*.

à l'inaction des parties; autoriser la preuve contraire contre la déclaration de la cause, *in limine lilis*. Sur ces deux points, la Glose prit ses précautions, mais elle ne parvint jamais à un système satisfaisant. Seuls les canonistes dans leurs *ordines judicarii* fixèrent avec toute la précision désirable les pouvoirs du magistrat. Certaines expressions de la Glose : *libellus non admittendus est, actor non auditur* (1), laissent entendre qu'il y a dans l'absence de cause un obstacle absolu à l'admission du libelle, que le juge peut soulever de lui-même. Mais nulle part ce droit n'est exprimé nettement; le plus souvent, des additions à la Glose renvoient aux docteurs postérieurs, particulièrement à Jean Faure (2). Il est même des cas où un libelle sans cause est admis, le défendeur ayant accepté d'y répondre (3). Le contrôle du juge ne s'exerce donc que dans les limites voulues par les parties. Le défendeur est seul maître d'accepter ou de décliner la *petitio*, introductive d'instance; il peut toujours passer outre à un refus du magistrat, en acceptant, à ses risques et périls, de subir un procès engagé par un libelle sans cause.

(1) Gl. *proxima*, D., 44, 2, 27 : *Actor... nulla causa adjecta non auditur*. D'autres gloses se montrent surtout préoccupées de déterminer si la demande peut être reçue, même sans contenir le nom de l'action (gl. *ut proinde*, D., 2, 12, 13, *in fine*); si le libelle qui ne contient pas le nom de l'action peut être repoussé, à plus forte raison, celui qui ne contient pas la *causa debendi*, celle-ci étant en dehors du nom de l'action le seul mode de *specificatio* du libelle, gl. *libellum*, Nov. 53, ch. 2. Il n'y a intérêt à savoir si le juge peut rejeter le libelle *sine causa*, que dans le cas où tous les autres éléments de celui-ci existent, notamment lorsque l'action est nommée : malgré cette désignation, spécifiant la demande, le juge pourrait-il refuser de recevoir le libelle sans cause, comme ineptement formé ?

(2) *Additio* à la gl. *emendari*, C., 2, 1, 3 (éd. Antoine Le Conte, Lyon, 1584), citée *supra*, n. 4.

(3) Gl. *si ex multis*, C., 7, 40, 3 : *Item quaero, quomodo hujusmodi libellus fuerit receptus, cum non fuerint in eo ea quae sunt necessaria...? Resp. sponte recepit reus de justitia sua confisus (et propter timorem testium decedentium vel alias moras)*. Gl. *si hominem*, D., 44, 2, 11 : *Non adjecta causa, sed absolute : non tamen tuus* (lacune dans l'éd. Antoine le Conte, Lyon, 1584 : *adversarius ? tenebatur recipere talem libellum*. V. Damasus, *Summa de ordine judicario* (éd. Wunderlich), § 3.

Eut-il été illimité, le contrôle judiciaire risquait encore d'être illusoire : que coûte-t-il à l'*actor* d'inscrire au libelle le nom d'une cause purement fictive ? d'intenter l'action *ex vendito*, alors qu'il est créancier *ex mutuo* ? Les textes disent bien que la *causa* doit être *justa* c'est-à-dire rentrer dans le cadre des opérations conformes au droit ; et, sans doute, la mention d'une cause extravagante ne priverait pas le magistrat du droit de refuser le libelle : *causa debet esse sufficiens* (1). Mais cette fraude n'est pas à craindre ; normalement, c'est en substituant le nom d'un *negotium* à un autre, que le demandeur cherchera à tromper l'attention du juge. Il ne semble pas que la Glose ait cherché à déjouer cette fraude. Certes, elle sera démasquée au moment des preuves, mais le magistrat aurait-il le droit *in limine litis*, avant tout débat contradictoire, de réclamer du demandeur la confirmation de la cause prétendue ; et, si les allégations de l'*actor* lui paraissaient insuffisantes, de rejeter le libelle ? Nulle part, la question n'est posée dans la Glose (2). Le magistrat n'est pas maître de l'action. C'est au défendeur qu'il appartient de contester la vérité de la cause alléguée ; s'il y réussit, une sentence d'absolution constatera le

(1) Gl. *sine causa*, D., 44, 4, 2 § 3 : *Nec haec est causa sufficiens quia rex est in Francia*.

(2) La Glose ne parle que du droit de contestation, ouvert au défendeur, par voie d'action ou d'exception, le procès étant entamé : gl. *cum ultra hoc*, C., 4, 30, 9 (actio *in factum* accordée au débiteur pour contester une *cautio* exagérée). Mais le magistrat n'a pas le pouvoir d'enquêter sur la réalité de la cause. Dès l'instant qu'une cause raisonnable figure au libelle, son droit de décliner celui-ci cesse. Certains Bartolistes font allusion à des interrogations que le juge pouvait adresser aux parties, au début de l'instance sur la *causa*, mais ils concluent que la partie n'est pas tenue d'y répondre : Balde, *Lect. ad Cod.*, 2, 1, 3 : *Pars interrogata de ratione et causa non tenetur respondere*. La Glose semble seulement s'être préoccupée de rechercher si le rédacteur d'un acte public a le devoir de s'assurer si les allégations des parties sont vraies ; en cas d'erreur ne serait-il pas regardé comme parjure ? Mais elle conclut négativement : gl. *conscriptum*, C., 4, 2, 6 : *Sed nonne pejeravit tabellio qui hoc scripsit ? Resp... scripsit quod sic confitebatur et non quod sic esset veritas : ut dicebant Judaei ad Pilatum, Scribe quod dicit se regem Judaeorum, non quod sit rex Judaeorum*.

caractère irréel ou abusif de la *causa*. On voit donc l'insuffisance de ce moyen de défense purement procédural qu'est le rejet du libelle non causé. Il suffit qu'un demandeur sans scrupule prétende être créancier en vertu d'une cause fictive, pour que soit paralysé le droit de rejet du défendeur aussi bien que du juge. L'affaire devra être engagée au fond.

Néanmoins, si faciles à éluder que soient ces prescriptions, elles sont, cependant, la condamnation, sans réserve, de l'acte abstrait comme source d'obligation : par sa fermeté, la doctrine de la Glose, si peu originale soit-elle, marque un grand progrès sur celle de Placentin.

*
* *

Qu'advient-il de la stipulation ? En quel sens est-elle devenue un acte causé ? L'incertitude dont témoignait Azo a disparu dans la Glose. Nous savons déjà qu'entre la déclaration de dette et sa cause, le rapport est devenu si étroit, par suite des exigences de la procédure, qu'il conduit les parties à déclarer la cause de leur accord, lorsqu'elles en poursuivent la reconnaissance judiciaire. Mais, hors de la présence du juge, lors de la conclusion du contrat, la cause est-elle exprimée ? Presque toujours, la stipulation est adjointe, comme clause finale, à un acte écrit relatant l'existence du *negotium*, qui explique la promesse. Dans les rares cas où elle a lieu oralement devant témoins, les parties ne manqueront pas d'indiquer la *causa debiti*; faute de cette déclaration, le débiteur aurait un moyen trop commode de contester la réalité de la cause. Les témoins doivent déposer sur toutes les circonstances de la dette, et sans doute nommer la cause, s'ils l'ont entendue; sinon, leur témoignage serait écarté comme insuffisant ou mal fondé (1). Il ne faut pas trop attacher d'im-

(1) C'est une règle exprimée très nettement au Code, 4, 20, 3, que le témoin doit rendre *causam dicti sui*, c'est-à-dire expliquer quelle est la

portance aux formules de stipulation données aux Institutes de Justinien et que commente la Glose sans y rien ajouter. Ce sont de simples schémas, distincts de cas pratiques, qui ne visent qu'à montrer la correspondance des *verba* (1), on ne saurait tirer argument de l'absence de cause. Les exemples donnés par d'autres sources contemporaines de la Glose se rapportent souvent à des stipulations écrites, toujours causées (2); c'est une conséquence de la confusion entre *obligatio litteris* et *stipulatio*.

Mais, bien que la stipulation rentre, dès sa conclusion, dans le droit commun des actes causés, elle n'est pas soumise, la *causa* fût-elle illicite, à une nullité de plein droit, mais seulement à une annulabilité par voie d'exception, de dol (3). La situation du débiteur semble néan-

source de son dire : a-t-il constaté lui-même tel fait ? Était-il présent à tel acte ? Mais doit-il dire plus, déclarer par exemple la cause de la dette promise, s'il était présent à une stipulation ? La question est tout autre. On peut dire, qu'à l'époque de la Glose, elle ne fut pas nettement posée. On peut seulement conjecturer, qu'à l'imitation de l'écrit, le témoignage « indiscretus » serait insuffisant à faire preuve entière d'une dette et qu'il appartient au juge d'interroger le témoin sur la *causa debiti*. Ce n'est qu'à la fin du xiv^e siècle, chez Balde, que l'on trouve très nettement le problème résolu dans le sens de l'affirmative, Balde, *Lect. ad Cod.* 4, 20, 3 : *Item interrogatur testis de causa finali*, etc. v. *infra* p. 124 n. 1. Les textes de la Glose sont muets sur ce point : v. par exemple gl. *solam*, C., 4, 20, 3 : *sola sine adjec-tione causae... sola sine redditione causae, quam interrogatus dicere debet*; mais la *causa*, dont il s'agit, est la source de la déposition : *causa quomodo testis sciat*. Les œuvres des canonistes, à peu près contemporaines, sont plus nettes, les témoins sont interrogés sur l'intention probable des contrac-tants, sur la violence qui a pu se produire : Bonaguida, *Summa super officio advocati in foro ecclesiae* (éd. Wunderlich); 3^e p., t. 8 : (témoins interrogés en une cause de mariage), *Item, si animo contrahendi matrimonium vel ex ludo fecerunt hoc ? Item si intervenit aliquis metus vel aliqua coactio in contrahendo, vel sponte*.

(1) *Casus*, sur *Inst.*, 3, 16, pr. : *Verbi gratia : spondes ? Spondeo* (François Accurse), gl. *omnis stipulatio : Frater quinque aureos dare spondes ? et tu respondeas promitto*.

(2) V. par exemple Bonaguida, *Summa super officio advocati...* (éd. Wunderlich), § 11 (stipulation jointe à un *instrumentum mutui*).

(3) Gl. *sine causa*, D., 24, 2, 2 § 3; Rotredus, *Questiones sabbatinae*, Qu. 31 : *Siquatur ex illa stipulatione, ex qua causa nulla subest, obstat doli exceptio*. A côté de l'exception, une action est accordée à qui a promis sans cause : *Certum est quod si stipulatio intercedat et sine causa, quod illa obligatio potest condici per cond. sine causa. Idem est si causa inferatur et injusta*.

moins privilégiée : s'il agissait par voie d'action, il aurait une lourde preuve à apporter : celle de l'absence de cause. En excipant, il reste vraisemblablement chargé de la preuve, mais dans des conditions avantageuses. Normalement, c'est à la personne qui se prévaut d'un dol, à faire la preuve de celui-ci, preuve simple puisqu'elle peut résulter d'indices (1); dans certains cas, par exception, le dol se présume, et le seul fait de prétendre qu'il y a eu dol suffit (2). Pareille présomption ne peut s'étendre à notre hypothèse, mais il suffit que le défendeur dise que son attente a été trompée, ou qu'il se croyait réellement débiteur, pour qu'il résulte de ces faits des indices suffisants à prouver le dol (3). Défense particulièrement facile puisqu'elle repose sur les affirmations de qui l'invoque ! La Glose semble bien l'avoir aperçu, lorsqu'elle insiste sur la preuve de la cause qui incombe au demandeur, désireux d'écarter l'effet de l'*exceptio doli* (4), alors qu'elle s'est contentée de dire, que le défendeur, en opposant l'exception, « élide » l'action, sans dire quelle preuve il doit apporter. L'opposition entre les deux situations montre combien celle du demandeur est désavantagée. Bien qu'il ait tourné la règle du libelle causé, en insérant une cause factice, il n'a pas encore triomphé, tant il est

(1) Gl. *qui dolo et licet D.*, 22, 4, 18 § 1. Cf. le *casus* posé par Vivianus, (sur le même fragment) : *Peto a te X quae mihi promisisti : tu excipis dicens quod dolo te induxi ad promittendum. tu debes probare me dolum commississe.* V. aussi le *casus* (d'auteur incertain, peut-être tardif) sur *C.*, 2, 21, 6 : *non enim doli sufficit attestatio*, mais la preuve ne réclame que des indices : *perspica circumstantia*.

(2) Gl. *admissum, D.*, 22, 4, 18 § 1. *Nisi admissus (dolus) praesumatur.*

(3) Gl. *sine causa D.*, 24, 2, 2 § 3 : *Ut si credo te vendidisse vel mutuasse procuratori meo.* Cf. le *casus* de François Accurse (sur le même fragment) : *Si spe futurae numerationis stipulor a te X, deinde non numero et agam ex ea stipulatione : obstat mihi exceptio doli, cum causa non sit secuta. Item si promittis mihi X in dotem dare pro Berta : et finito matrimonio ea a te petam, nam obstat mihi exceptio doli, cum causa ob quam promisisti sit finita.*

(4) Gl. *nocebit, D.*, 24, 2, 2 § 3 : (*stipulatio*) *tenet ergo, sed exceptione eliditur, nisi causa probetur.*

facile à son adversaire d'exciper de dol, en alléguant quelque indice d'erreur ou de tromperie, et de rejeter sur lui la charge de justifier la cause, d'où dépend la force exécutoire, sinon la validité, de la stipulation.

Cependant, le demandeur trouve une atténuation à ces rigueurs, dans une règle qui dément le système précédent : la stipulation sans cause peut être regardée comme valable à titre de donation (1); l'absence d'un *negotium* antérieur n'est pas un vice irrémédiable. Remarquons, d'ailleurs, combien l'exigence d'une cause (entendue au sens d'acte à titre onéreux) est comprise largement; la transaction sur un procès mal fondé, puisqu'il est reconnu que le défendeur ne doit rien, est une cause suffisante pour une promesse (2). De même la stipulation qui suit un pacte simple, est une source d'action; cependant aucune *causa* (*datio* ou *factum*) n'existe (3). Ainsi, un acte juridique apparent ou invalide forme un titre valable pour une *promissio*. Quoi d'étonnant qu'un pacte reconnu par le droit quoique dénué de base économique comme une dona-

(1) Gl. *sine causa*, D., 44, 4, 2 § 3 : *Sed quid si ego qui promitto sine causa, scio causam non inesse, tu credas inesse ? Respond. videor donare; et sic teneor.*

(2) Gl. *scire*, C., 8, 38, 6 : *Petii a te centum cum nihil mihi deberes : transegi et nomine transactionis aliquid promisisti mihi.* L'action née de la stipulation compète : gl. *peti posse : licet prius nihil debebatur.* Cf. gl. *non posses*, C., 2, 4, 23 : *Item nota datum vel promissum transactionis causa etiam indubitum non posse repeti, sed tunc solvi debet*; gl. *si transactionis*, C., 4, 30, 11 : *Ex quo promisisti per stipulationem ex causa transactionis illa quisque debentur, intercesserit numeratio vel non* (qui aurait fondé le *mutuum*, à la suite duquel la transaction a eu lieu).

(3) Gl. *causa*, D., 2, 14, 7, § 4 : *Et ideo gl. M(artini) qui dicit etiam si stipulatio intercessit, non tenere, reprobatur per C. de rerum permu. l. ex placito.* La Glose critique l'opinion de Martinus : elle limite aux contrats innommés seuls la règle : *cum nulla subest causa... non posse constitui obligationem.* (v. gl. *causa l. c.* : *nam de his (contractibus innominatis) dicit adhuc, ut patet ex conjunctione §§ istorum*), tandis que Martinus l'appliquait à tous les contrats, fût-ce à une stipulation confirmant le pacte. V. gl. *subjecta*, C., 4, 64, 3 : *Primo (casu) paciscuntur nudo pacto* (échange, *nulla re secuta*; pas d'action), *secundo subijcitur stipulatio, et sic nascitur actio ex stipulatu.* Sur ce texte, et plus généralement sur la stipulation adjointe au pacte, v. Karsten, *op. cit.*, pp. 209-214.

tion, puisse jouer le rôle de cause ? Mais cette exception est admise moins largement qu'à l'époque d'Irnerius où la donation semble avoir été présumée. La Glose paraît moins large : la donation suppose que le créancier connaît l'absence de cause, et que le débiteur ignore celle-ci (1). Il n'y a pas une règle absolue d'après laquelle la stipulation sans cause vaille comme donation : il faut qu'on puisse attribuer au créancier une intention libérale. Même Roffrede Epiphane ne se contente pas d'indices, il exige que le libelle fasse expressément mention de la donation (2). C'est pourquoi cette exception ne détruit pas entièrement le système de l'acte causé.

*
* *

Depuis qu'à l'école d'Azo, les Romanistes avaient interprété l'obligation *litteris* comme une espèce d'aveu extrajudiciaire, faisant présumer un *mutuum*, il leur était devenu impossible d'y rattacher une action spéciale : c'est la *condictio cerli ex mutuo* qui lui servait de sanction (3). Il semble donc inutile de rechercher comment l'obligation *litteris* est liée à une cause. Mode de preuve, constatant une dette antérieure, cet acte doit relater le *negotium* d'où dérive l'action, c'est-à-dire la *causa mutui*. Tandis que la stipulation parfaite en soi se trouve liée,

(1) V. la gl. *sine causa*, D., 44, 4, 2 § 3, citée, *supra*, note 1. A l'époque de la Glose, on ne parle pas encore de présomption de donation, dans le cas de *stipulatio sine causa*. Karsten ne cite que des textes de l'époque de Bartole, *op. cit.*, p. 197.

(2) Roffrede Epiphane, d'après Jean d'André, addition au *Spec.*, 2, 2, *Et nunc*, 6. V. sur ce texte, Karsten, *op. cit.*, p. 195.

(3) Pour Odofredus, ce sont les actions nées des contrats qui compètent, mais données sous la forme utile. Odofredus, *De libellis formandis* (T. U. J., t. 3, 2^e p.) : *Si confessus est formiter, id est, causa adjecta, puta se debere ex causa emplionis vel mutui, tunc dabitur utilis ex vendito vel utilis certi condictio contra illum, sicut daretur directa ex vero contractu*. Même Odofredus reconnaît qu'une action *in factum* peut servir de sanction, à une *confessio* extrajudiciaire *informiter*, c'est-à-dire sans cause, *coram quinque testibus*.

dans sa force exécutoire, à une cause extrinsèque, le pseudo-contrat littéral, inefficace, doit contenir parmi ses éléments une cause, c'est-à-dire l'indication de la source d'où naît l'action (1). Telle est la doctrine qui ressort logiquement de la Glose.

Mais les textes ont parfois un langage différent : ils parlent d'une *confessio extra jus per scripturam*, qui tend à obliger (2), comme si l'écriture était une source d'obligation au même titre que les *verba* (3). Ils discutent si,

(1) Gl. *causa*, Nov. 73, ch. 2 : *Causam vocat rationem quare debetur, ut ex causa mutui, vel emptionis vel simili*. Ce rôle de la cause apparaît très nettement dans l'opposition que font les textes entre la stipulation et le contrat littéral à propos de l'expression de la cause : l'écrit, qui ne fait pas mention d'une cause ne vaut rien, tant il est naturel qu'un mode de preuve (*cautio*), relate le *negotium* qu'il constate; au contraire, à la rigueur, on peut admettre une stipulation sans cause : l'obligation naît des *verba*, *spondesne? spondeo*, et la cause ne lui sert que de justification. Tandis qu'elle est partie intégrante de la *cautio*, la *causa* est extérieure à la stipulation : gl. *eamque*, C., 4, 30, 13 : *Item nota causam exprimi. si enim nulla exprimeretur cautio non valeret* (gl. *religionem*, C., l. c. : *si certam causam non adjicit et non valet*). *Sed an stipulatio valeat sine causa? Potest dici quod sic secundum quosdam, (sed nisi causa probetur, reus absolvitur)*. Même ceux qui n'admettent pas absolument la validité de la stipulation sans cause exprimée, reconnaissent que cet acte peut valoir accessoirement, à titre de donation. Il n'est venu à la pensée d'aucun glossateur de chercher si l'écrit sans cause peut être valable *donationis causa* : sans cause, la *cautio* ne vaut rien d'une manière absolue, elle ne relaterait aucune source d'obligation. C'est dans le cas seul où à la *cautio* a été adjointe une stipulation, qu'un texte pose la question : vaut-elle comme donation ? (Gl. *debere*, *Inst.*, 3, 21).

(2) Le texte des Institutes de Justinien (3, 21) favorisait cette interprétation : *scriptura obligetur*. V. les gloses *scriptura* et *obligetur* sur ce texte. Pour Roffrède, c'est de la *confessio per scripturam* que naît la dette, et non de la *causa veterior* : peu importe que celle-ci soit vraie : il suffit que l'aveu *per scripturam* ait eu lieu : *In Codicem*, Bib. Nat., ms. lat. 4546, f° 172 r°, col. 1 : *Si debitor sollempniter per scripturam confessus fuerit se debere ex causa veteriori et specialiter illam causam, expresserit, non licet illi debitori dicere adversus creditorem : « proba illam causam antiquiorem esse veram », quia sue confessioni stare debet... et hic excludit etiam si causa in veritate (?) non processit. sufficit enim quod per scripturam debitor confessus est*.

(3) Il y a dans l'écrit *ex causa mutui*, les mêmes éléments que dans la stipulation sur la même cause : lien civil d'abord, auquel s'ajoute un lien de droit naturel, lorsque le délai pendant lequel peut jouer l'*exceptio non num. pec.* est écoulé. Cf. gl. *obligetur*, citée *supra*, note 2 et gl. *religionem*, C., 4, 30, 13 : *Secundum nos etiam post biennium, civilis tantum (est) sed tamen effectum habet naturalis, ut in ea quae provenit ex sententia*. La gl. *obligetur* faisait plus nettement la comparaison avec la stipulation.

à l'instar de la stipulation, l'écrit ne doit pas être rédigé *per verba de futuro* (1). Ils arguent de la nécessité d'une cause dans le contrat verbal pour soumettre l'acte écrit à pareille exigence (2). Cette cause peut être n'importe quel contrat (3), elle peut même être un délit (4). Ne sommes-nous pas très loin de l'obligation littérale, à la mode d'Azo, réduite au seul cas de *mutuum*? Est-il étonnant qu'on ait fini par assimiler l'écrit créant une présomption d'obligation à l'écrit créant directement une obligation (5)? Ces deux rôles de l'écriture sont-ils très distincts? Les faits ne montrent-ils pas un glissement de l'un à l'autre? Considérons l'*obligatio litteris*: deux ans durant, elle entraîne une simple présomption de *mutuum*, combien fragile! mais, passé ce délai, la voilà, sauf les différences d'actions, égale à la *stipulatio ex causa mutui*. La *condictio certi ex mutuo* compète au créancier; le défendeur ne peut recourir qu'à l'exception de dol en prouvant l'absence de numération (6). L'écrit relate-t-il une *causa venditionis*, par exemple? Comme il n'est plus soumis à l'*exceptio n. n. p.*, il semble qu'une dette résulte immédiatement de lui. Et la cause prend une impor-

(1) Gl. *debere*, *Inst.* 3, 21 : ... *Opinio nostra qua dicimus obligationem, litterarum debere fieri per verba futuri temporis tantum... ad instar stipulationis quae per verba futuri temporis tantum fit*. Mais les *verba praesentis et praeteriti temporis* sont regus : ils sont interprétés comme s'ils étaient *futuri temporis*.

(2) Gl. *religionem*, *C.*, 4, 30, 13 : *Item nota quod licet quis scribat se debere alicui non inserta causa, non obligetur. non enim plus facit scriptura quam faceret stipulatio*.

(3) Gl. *religionem*, citée *supra*, note 2 : *Sin autem alia est causa quam numerationis, puta venditionis, tunc serva legem istam* (loi *generaliter*).

(4) Gl. *descentibus*, *C.*, 4, 30, 13 : *Ex venditione... vel etiam ex maleficio*.

(5) Gl. *debere*, *Inst.*, 3, 21 : *Non faciunt haec verba ut obliger, sed ut obligatus presumar*.

(6) Gl. *religionem*, *C.*, 4, 30, 13 : *Item secundum Ja (Jacobus) et nos, etiam post biennium admittitur debitor ad probandum...* La glose *obligetur*, *Inst.* 3, 21, se rallie au système admettant la survie de l'*exceptio non num. pec.* mais à charge pour le débiteur, de prouver l'absence de cause. Elle réfute l'opinion, d'après laquelle la preuve contraire serait impossible.

tance capitale, puisque, sans elle, l'écrit est sans valeur; c'est d'elle que dépend sur le fonds du droit, l'octroi de l'action. Mesurons bien la différence avec la stipulation : l'expression de la cause avait pour but d'obéir à la règle du libelle causé, sa preuve servait à répondre à l'*exceptio doli*. A vrai dire, l'action dépendait des *verba*, et c'est par un accident, tenant à des principes procéduraux qu'elle était liée à une cause. Ici, au contraire, l'unique fondement du contrat est la cause. C'est ce sens que les canonistes prêteront à la doctrine de la Glose; ils étaient logiques puisqu'ils reconnaissaient qu'une action pouvait naître *ex confessione*, l'aveu étant une variété de pacte.

Mais qui ne voit combien cette explication appliquée à la Glose est abusive ? Comment l'écrit aurait-il cessé d'être un mode de preuve, puisqu'il n'engendre aucune action ? Si, passé deux ans, il semble qu'une *condictio* sanctionne la prétendue obligation *litteris*, c'est parce que l'écoulement de ce délai est regardé comme une numération (1) : le versement des deniers forme le *mutuum* et la *condictio* naît de lui et non de la seule promesse de rendre, fût-elle justifiée par une cause antécédente (2). Le seul texte qui parle de *condictio ex lege* est manifestement une addition à la Glose due au bartoliste François Aretin (3). De même

(1) Gl. *religionem C.*, 4, 30, 13 : *biennium pro numeratione est*.

(2) La confusion fut rendue facile, parce que la Glose considérait successivement et sans faire une distinction nette l'hypothèse d'un écrit suivi de stipulation et celle d'un écrit tout court. Dans l'une et l'autre on devait s'en tenir aux termes de l'acte; ainsi il semblait qu'une action naissait toujours de lui : gl. *exposuit, D.*, 22, 3, 25 : *Debitor promittendo scilicet pecuniam pro praecedenti causa, quam confiteatur intercessisse... Quid tamen si non promittat sed confiteatur mihi se debere ex antecedenti causa? Respon. et tunc debet stare suo testimonio*.

(3) *Casus*; sur *Inst.*, 3, 21 : *Ex ista autem obligatione nascitur actio quae vocatur condictio ex lege... Fra(nciscus) de Aret(io)* (1418-1486). Une glose non signée, sur le même texte, fait mention très brièvement d'une *condictio* donnée *ex lege* : est-ce-la *condictio* dont parle la loi ? est-ce une *condictio* donnée en vertu de cette loi ? gl. *condictio* : *Scilicet ex illa lege C. de non num. pec. l. in contractibus (C., 4, 30, 14)*.

c'est par l'*actio ex vendito* que l'on fera valoir la *confessio* écrite *ex causa venditionis*. Trompeuse, l'expression : *confessio obligat* ! C'est en apparence seulement que cette théorie est un démenti à la règle *nuda pactio obligationem parit*. Elle ne prendra sa valeur que dans le système canonique où tout pacte est sanctionné par une action : du simple aveu naîtra une *condictio*, rattachée au *negotium*, mais absolument distincte de l'action romaine qui sanctionnait chaque contrat. On pourra dire que la *confessio* est devenue un contrat et parler de sa cause. Mais jusque-là, force est de considérer l'écrit qui la relate comme un mode de preuve susceptible d'être remplacé par des témoignages (1), et la cause, comme l'élément auquel est liée la force probante de la *cautio*, faute duquel celui qui se prétend créancier doit démontrer, par des preuves indépendantes, l'existence réelle du contrat, source de la dette.

Nous tombons dans les termes de la célèbre loi romaine *cum de indebito* (2), qui ne touche qu'à une question de preuve.

*
* * *

Nous avons vu comment, dans un acte formel, l'absence de cause était interprétée comme un critère de donation, s'il était avéré que le débiteur n'ignorait aucune des circonstances de son engagement (3). On ne prend garde, dans ce cas, ni à l'absence d'insinuation (4), ni à l'absence

(1) Gl. *scriptis*, C., 4, 30, 13 : *Quid si sine scriptis fiat hujusmodi confessio? Quidam dicunt quod non habet locum haec lex, sed secundum Joan(nem Bassianum) sic.*

(2) D., 22, 3, 25, 4.

(3) Voir *supra*, pp. 36, 41.

(4) Nous limitons cette remarque à l'hypothèse de l'acte formel. On aurait trouvé dans la présomption de donation généralisée un moyen facile d'éluder la règle de l'invalidité du pacte nu. La Glose ne paraît pas s'être inquiétée de ce danger, contre lequel Ultramontains et Bartolistes chercheront à se prémunir, en exigeant soit la tradition de la chose donnée, soit la démonstration sérieuse de l'*animus donandi*. Il est vrai que ces derniers avaient érigé en règle la présomption qu'un acte sans cause apparente valait comme dona-

de tradition (1), ni au défaut d'acceptation du donataire. La pure intention qui pousse le donateur suffit. En ce sens, la donation est un acte qui vaut sans cause; il n'est besoin, pour la justifier, d'aucun *negotium* juridique.

Mais s'il n'y a aucun acte juridique antécédent qui la détermine, elle intervient dans un but, et, souvent, son existence dépend de la réalisation de celui-ci. Sa validité est alors assujettie à une cause. C'est ainsi que, par une contradiction qui tient au défaut de la terminologie juridique, la donation peut être théoriquement regardée à la fois comme un acte sans cause et comme un acte qui a lieu en vue d'une cause; mais dans les faits elle est l'un ou l'autre.

Cette diversité de sens fut la difficulté fondamentale à laquelle se heurta la Glose : il n'y a pas une espèce unique mais des catégories très diverses de donations, qui dépendent des combinaisons de la volonté humaine (2). Dans cet acte, à frontières mal définies, qui groupait sous un vocable commun une gamme très variée d'opérations juridiques, la cause allait-elle rester identique? On s'efforça, par raison de symétrie, de découvrir une cause dans la donation simple; ce fut l'intention de donner, *l'animus donandi* et de se dépouiller irrévocablement (3). Si la libéralité impose au donataire une charge, ne doit-on pas voir dans la réalisation de celle-ci la véritable cause?

tion. La Glose, comme nous l'avons déjà reconnu, avait été moins loin : elle admettait, si les circonstances le laissaient entendre, que la stipulation et. le constitut valaient, *donationis causa*. (Gl. *per exceptionem*, D., 13, 5, 3. 1) Il fallait que le créancier ait eu conscience qu'il s'engageait, sans contrepartie, suivant le principe posé au Code : *nec ignorans nec invitius quisquam donat* (C., 8, 54, 10 et la gl. *nec ignorans* sur ce texte). V. Karsten, *op. cit.*, pp. 115, 144, 169, 174.

(1) Cependant la donation implique par sa nature le dépouillement du donateur qui livre la chose donnée : gl. *nec invitius*, C., 8, 54, 10 : *Sed ibi improprie dicitur donatio, id est rei amissio*.

(2) Gl. *donationes*, D., 39, 5, 1 : *Sicut enim donantium voluntates diversae sunt, ita donationes inter se differunt*.

(3) *Casus*, sur D., 39, 5, 1 : *Cum do tibi rem hoc animo ut statim sit tua nec unquam ad me revertatur : haec est vera donatio* (François Accurse).

De ces deux situations, la seconde surtout préoccupa les juristes. Était-ce bien une donation qui s'accomplissait ? Les Romains déjà discutaient le problème. Sous peine de ne plus être libéralité pure, la volonté du donateur ne doit être déterminée par la recherche d'aucun avantage particulier (1). On peut apposer à l'acte une condition indifférente : *si navis ex Asia venerit*; celui-ci demeure une simple donation, sa cause n'étant pas altérée. C'était déjà l'opinion d'Azo et d'Hugolinus. C'est seulement dans le cas où la condition serait mise *ad utilitatem vel affectionem donantis*, qu'elle pourrait influencer sur la nature de la donation (2). Ainsi la cause était dans l'intention pure de donner, détachée de toute contingence, ou plus exactement dans la volonté de ne recevoir aucune prestation équivalente.

Mais le plus souvent, sans tomber dans l'acte à titre onéreux, la libéralité est déterminée par une raison spéciale : la considération de la charge imposée au donataire, peut-être à échéance très lointaine. L'acte est encore appelé, quoique très improprement, donation. Les Bartolistes créeront plus tard la dénomination de *donatio ob causam* (3). Il ne semble pas que la Glose ait eu l'idée d'établir une catégorie spéciale, individualisée par son nom. Mais elle a parfaitement

(1) Gl. *liberalitem*, l. c., *supra*, p. 82 n. 1 : *Animi voluntatem ab avaritia et aliis vitiis liberam*.

(2) Gl. *secutum*, l. c. *supra* n. 1, : *Sed quid si non ad affectum seu proficuum dantis, sed aliquam apposuit conditionem : ut si navis ex Asia venerit ? Respon secundum Azo et Hug. illam esse simplicem et liberam : cum possit fieri donatio, pure et in diem et sub conditione*.

(3) Gl. *reverti*, l. c., *supra*, n. 1 : addition à la Glose : *Dic melius, secundum Bar. quod ibi fuit donatio ob causam; quae est impropria donatio*. Gl. *resolveretur*, C., 4, 6, 1, addition à la Glose : *Donatio quae fit ob causam non est vere donatio, sed magis ob causam datio.. ergo merito dicitur contractus innominatus*. Il y avait un grand intérêt à considérer la *donatio ob causam* comme un contrat innommé, distinct de la *donatio* simple, assimilée à un contrat nommé : la *condictio* en répétition est accordée seulement dans les actes innommés; elle est, par contre, refusée dans les contrats nommés,

vu la nature de ces libéralités (1). Ce ne sont plus des actes supposant un dépouillement irrévocable du donateur; au contraire, un droit de révocation est accordé à celui-ci. Bien plutôt qu'à la donation simple, cet acte doit être comparé à la *datio ob causam*. Dans quelle mesure la charge imposée au donataire pouvait-elle être regardée comme la cause inspiratrice de la donation, dont l'inaccomplissement entraînerait la résolution?

Cette détermination était compliquée. Les textes romains qui répondaient à cette question, employaient une terminologie complexe, souvent incertaine : ils parlaient de *modus*, *conditio*, *causa*. (2) La défaillance d'un de ces éléments avait des conséquences très diverses. Un seul cas était simple : quand la charge imposée au donataire figurait dans l'acte sous forme de condition. Si celle-ci ne se réalise pas, sa défaillance empêche le bénéficiaire de *capere donationem aut legatum* (3). La sanction est plus rigoureuse que la résolution. Il est très difficile de préciser les conséquences de l'inexécution du *modus*, c'est-à-dire de la charge mise à la libéralité, sous une forme non conditionnelle. Permet-elle au donateur de demander la révocation? La question n'est pas posée directement. Il est certain qu'un légataire *sub modo* — cette hypothèse est la plus courante — a sur le légataire *in conditione* un avantage certain : il peut obtenir délivrance du legs, alors qu'il n'a pas encore accompli la charge à lui imposée, en donnant, il est vrai, caution d'exécuter (4). Il peut être

(1) *Casus*, sur la loi précitée, p. 82, n. 3 : *Si autem dono ut tunc fiat tua cum aliquid erit factum, non est proprie donatio* (François Accurse), V. *casus* sur D., 39, 5, 2 (François Accurse).

(2) G. Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, op. cit. p. 296 et s.

(3) Gl. *pro conditione*, C., 6, 45, 1 : *In conditione non datur actio* (action en délivrance d'un legs) *nisi extet conditio*; D., 33, 9, 1 *pr.* : *Deficiente conditione, ab initio non capitur*.

(4) Gl. *pro conditione*, C., 6, 45, 1 : *Datur actio, sed cavebit de adimplendo*; gl. *nascatur*, C., 6, 45, 2 : *Ut loquatur de actione danda legatario, primo, cui*

poursuivi par une action en exécution accordée au donateur considéré comme un véritable créancier (1). Mais, si cette action ne réussit pas, le legs est-il soumis à une résolution ? On voit un legs échapper à toute révocation, parce que l'inexécution du *modus* n'est pas imputable au donataire. C'est, sans doute, qu'en règle générale celui-ci serait astreint à restituer la chose léguée. Le texte de la Glose, le plus clair, dit que si le mode est rempli, *legatum non revocatur* (2).

A la condition et au mode s'oppose la cause. Un adage romain bien connu, relatif au legs, dit que son caractère erroné est sans influence sur la validité de la libéralité : *falsa causa non nocet*. La glose l'interprète strictement, dans le *principium* du titre 1 du livre 35 du Digeste; rapprochée de la *demonstratio*, la *causa* est indifférente (3).

Entre ces trois notions, si proches dans le fonds, la Glose ne s'ingénia pas à découvrir des différences théoriques. Elle recourut à un procédé plus pratique, à un critère grammatical : dans quels termes, un testateur s'est-il exprimé ? A-t-il écrit : *lego tibi decem, ut nubas illi* ? La conjonction *ut* indique que le mariage doit être regardé comme le *modus* du legs. *Si* indiquerait une condition, *quia*, une cause (4). Ce n'était qu'un procédé très appro-

aliquid relictum est sub modo. Les termes de la glose *pro conditione*, assimilant le *modus* à la *conditio* sont trop absolus : *qui non paret modo non habet relictum*. Ils sont d'ailleurs démentis par la suite du texte précédemment citée. La glose *sub modo*, D., 35, 1, 17, 4, ne laisse aucun doute : *Et statim capitur, praestita cautione de faciendo...* (Accurse).

(1) D., 35, 1, 1, pr. : *Natura modi haec est, ut modus adimpleatur, vel per legatarium non steterit quo minus adimpleatur*. Cf. G. Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, op. cit., p. 298, n. 17.

(2) D., 35, 1, 1, pr. (suite) : *Et sic legatum non revocatur*.

(3) *Natura causae vel demonstrationis est ut quamvis falsa demonstratio vel causa dicatur, legatum tamen non vitietur*. Casus sur C. 6, 44, 2 : *Testamentum fecisti, haeredem instituisti, et ita dixisti : Decem quae tibi debeo, tibi do lego. non subfuit debitum quia nihil debebas. An valeat legatum, quaeritur ? Resp. quod sic*.

(4) Gl. *modus*, C., 6, 45, 1 : *Modus qui fit per ut, ut lego tibi decem, ut nubas illi; conditio per si (ou per cum, gl. pro conditione, sur la même loi) causa per quia*. V. gl. *demonstratio*, D., 35, 1, 17, pr.

ximatif de discrimination; cette première détermination devait être confirmée par l'analyse des faits. Ainsi s'explique que parfois un mode ou une cause soit regardé comme une condition (1).

La Glose ne devait pas en rester à cette analyse tripartite des modalités de la donation qui ne laissait aucun rôle à la cause. Il ne pouvait lui échapper combien la règle romaine *falsa causa non nocet* appliquée à toutes les libéralités était choquante. Dans les cas de *dationes*, la Glose regardait couramment l'erreur sur la cause, comme un cas de répétition. Comment aurait-elle pu refuser d'en tenir compte, dans un acte soumis à toutes les fluctuations de la volonté comme une donation? Il fallait, malgré tout, respecter l'autorité de l'adage romain; on le cantonna au cas du simple motif, soigneusement distingué de la cause finale. L'absence de celle-ci fut regardée comme un cas typique de résolution. François Accurse entend un texte célèbre de Julien qui parlait de révocation d'une donation pour défaillance d'une condition, comme si celle-ci jouait le rôle de cause finale (2). Cette interprétation était très correcte. Il était inexact de parler de résolution lorsque la condition venait à manquer. A vrai dire, la donation ne s'était pas encore réalisée : l'objet n'avait pas été livré, la *condictio* en répétition était inutile. Par contre, il était très juste de parler d'action en répétition, si la cause ne se réalisait pas, car la donation était parfaite, avant que l'avantage escompté ne se soit produit. La supériorité de la terminologie *causa finalis*, substituée au terme *conditio*, était évidente. La Glose le comprit très

(1) *Casus*, sur *D.*, 39, 5, 2 : ... *Causa sive conditio*. Cf. gl. *pro conditione C.*, 6, 45, 1.

(2) *Casus* cité *supra*, n. 1 : *Titio X donavi, ut inde emeret sibi Stichum, antequam eum emat, decessit Stichus : an repetam pecuniam, queritur? Certè si haec causa sive conditio fuit finalis, quia aliter non eram daturus, nisi emeret : tunc repetam. si autem et alias habebam voluntatem donandi, sed citius dedi, quia videbam quod volebat emere Stichum : in hoc casu non repetam : quia fuit impulsiva. Fran. Accur (Franciscus Accursius).*

nettement (1); elle laissa, pourtant, survivre l'adage : *causa falsa non nocet*, en l'entendant du motif, qui reste indifférent (2). Elle admit même que ce serait toujours à lui que le juge devrait songer, en rencontrant le mot *causa* dans un acte de donation, la cause finale ne se présument pas (3).

*
* *

Dans tous les exemples précédents, la cause est apparue soit dans des actes unilatéraux, soit dans des contrats innommés, soit dans des contrats réels. Allait-elle rester étrangère aux conventions synallagmatiques consensuelles? Déjà, sous l'influence de la théorie canonique de la résolution, diffusée à partir des premières années du XIII^e siècle, la réciprocité des engagements, nés du συνάλλαγμα, avait été de plus en plus nettement sentie. Aussi fallut-il songer à découvrir un principe rendant compte de cette corrélation. Ne pouvait-on prétendre que l'exécution d'une obligation était la cause finale de l'obligation correspondante? Il devenait facile d'expliquer le jeu de l'*exceptio non adimpleti contractus* et de la résolution pour défaut d'exécution des prestations.

Mais les textes des compilations de Justinien se prêtaient difficilement à pareille généralisation. Nombre d'entre eux, par exemple, refusaient au vendeur le droit de reprendre la chose livrée à l'acheteur, et dont le prix n'avait pas été payé. Aussi les Romanistes hésitèrent-ils à transposer dans le cadre des actes synallagmatiques

(1) Gl. *conditio*, D., 39, 5, 3 : *Scilicet finalis : et ita causa fuit finalis ; gl. causa, l. c. : scilicet impulsiva*. Le texte romain disait : *Si causa fuit, cessare repetitionem, si conditio, repetitioni locum fore*. Rectifié par la Glose, il devient : *Si causa impulsiva fuit, cessare repetitionem, si causa finalis, repetitioni locum fore*.

(2) V. note précédente.

(3) Gl. *causa magis donationis*, D., 39, 5, 2 : *In dubio autem praesumam non finalem*.

consensuels les principes qu'ils avaient formulés, tant à propos des dations que des donations *ob causam*.

On a montré tous les obstacles qui s'opposaient à la formation d'une théorie générale de la résolution, et comment, un moment, au temps d'Azo, les Romanistes crurent arriver par l'interprétation d'un texte des Institutes (2, 1, 41), à un système tempéré de résolution (1). La tradition de la chose vendue est regardée comme invalide, en l'absence de paiement du prix ou d'une satisfaction équivalente, ou si le vendeur n'a pas expressément accordé à l'acheteur un délai de paiement (2). La revendication de la chose livrée était possible. C'était heurter le principe nettement posé au Code; à moins d'une entente spéciale, la tradition enlève au vendeur tout droit de reprendre la chose livrée; il est censé avoir à ses risques fait crédit à l'acheteur. A défaut d'un pacte spécial adjoint à la vente, la résolution est en principe refusée au vendeur : l'*actio venditi* permet seulement de réclamer l'exécution du contrat (3), c'est-à-dire le prix de la chose livrée. Malgré une ancienne tentative, jamais la *condictio* (*causa data causa non secuta*, ou *ob causam*) ne fut accordée dans les contrats nommés (4). Quant à la revendication, elle fut écartée par une nouvelle interprétation du texte des Institutes. La tradition simple fut regardée comme l'acte du vendeur qui suit la foi de l'acheteur. La Glose discute même si, le vendeur ayant accordé un délai pour le paiement,

(1) G. Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, *op. cit.* pp. 294-303.

(2) Azo, *Somme au Code*, 4, 38, 8 : *Si ergo vendidit et tradidit nec habuit fidem de pretio non transfertur dominium et ita potest dari rei vendicatio ad rem restituendam*. (cité par Boyer, *op. cit.* p. 300, n. 24.)

(3) *Casus*, sur C., 4, 49, 6 : *Actio venditi non ad rescindendam venditionem, sed ad precium competiti, nisi hoc convenerit*. V. *Casus*, sur C., 4, 38, 8.

(4) G. Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, *op. cit.*, p. 299, n. 21. L'opinion de la Glose est certaine : *gl. competiti*, C., 4, 38, 8 : *Et dic quod volebat repetere condictione ob causam : sed non habet locum in contractibus nominatis*.

la reprise de la chose reste possible le prix n'étant pas payé (1). Cette doctrine semble donc exclure à peu près entièrement, le jeu de l'action en résolution (2).

Si l'*exceptio non adimpleti contractus* ne passa pas inaperçue, elle ne suscita pas de controverses doctrinales sur la connexité des obligations (3). On discute seulement sur la personne à qui doit incomber la priorité d'exécution, sur la responsabilité des risques, lorsque l'objet du contrat a été mis en consignation chez un tiers (4), mais un principe général n'est pas dégagé. Ce sont des questions secondaires qui sont soulevées : la forme dans laquelle l'acheteur doit faire offre du prix, la nature du droit de rétention qui appartient au vendeur, tant que l'acheteur n'a pas exécuté son obligation (5). L'œuvre propre des Bartolistes, sera de parfaire l'analyse des actes synallagmatiques, et d'achever la classification des donations.

*

Jetons pour conclure un bref regard sur la voie où les Glossateurs ont engagé pour plusieurs siècles la doctrine de la cause.

A l'unité de la pensée Irrnérienne, toute imprégnée de

(1) Gl. *fidem emptoris*, *Inst.*, 2, 1, 41 : *Quid si (venditor) dedit diem ad solvendum? respon. non facta solutione vindicat, secundum Jo(annem Bassianum)... potest tamen contradici : quia aliud est simpliciter diem solutioni statuere, aliud pactum legis commissoriae ponere. Item quid si simpliciter tradat? Respon. videtur fidem sequi, nisi contra probetur.* Il ne faut pas prendre à la lettre la glose *dato* (sur le même texte) : *poterit ergo vindicare venditor rem, si non fuit de pretio satisfactum.* Il en est autrement, si le vendeur s'en est remis à la foi de l'acheteur, ce qu'il est censé faire dans le cas de simple tradition d'après la glose *fidem emptoris*. V. les textes cités, Boyer, *op. cit.*, p. 302, n. 25.

(2) Mais le système d'Azo semble survivre dans certains textes. V. Boyer *op. cit.* p. 302, n. 26.

(3) Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, *op. cit.* pp. 37-38.

(4) Gl. *si traditio*, *C.*, 4, 49, 4. gl. *si soluturus et eam fore*, *D.*, 46, 3, 39.

(5) Gl. *offerri pretium et retinere potest*, *D.*, 19, 1, 13, 8.

préoccupations morales, a fait place la diversité de conceptions fragmentaires, d'inspirations courtes, habiles seulement à mettre en œuvre les ressources de la procédure. Ne regrettons pas trop cette dispersion de la doctrine. Elle est, croyons-nous, le revers d'une assez belle médaille. Sans doute, les circonstances ont voulu que ces perfectionnements techniques, trop subtils, dès qu'ils furent introduits dans la pratique française, provoquent un certain désarroi. Mais considérons l'état de la doctrine, en faisant abstraction de ses conséquences pratiques. En dépit de leur acuité de pensée, les Romanistes Irnériens étaient demeurés impuissants à organiser la défense pratique contre l'acte abstrait. Ils en étaient restés aux moyens strictement romains des exceptions *doli* et *non numeratae pecuniae*, doublées de la *condictio sine causa*. Or, ces modes de protection sont entre les mains du débiteur. Le juge reste le spectateur du débat sur la cause. Certes il peut agir en vertu de ses pouvoirs généraux, notamment dans l'appréciation des preuves. Mais on ne lui donne pas la mission spéciale de s'opposer à la reconnaissance de l'acte abstrait.

C'est ce rôle du magistrat que les Glossateurs ont compris tout autrement. Pour eux, répétons-le, la nécessité d'une cause dans l'obligation est une conséquence des formes procédurales qui excluent l'action abstraite en matière personnelle. Il est du devoir d'un juge de faire respecter ce principe fondamental de procédure. Tout un faisceau de règles précise les conditions de son intervention.

Que les pouvoirs accordés au magistrat soient encore dans la Glose assez imprécis et limités, on est forcé de le reconnaître, car ils ne peuvent aller à l'encontre de la volonté du défendeur. Ils n'en marquent pas moins une tendance vers la création d'un droit de contrôle sur la fin des accords conclus entre particuliers.

Mais cette extension de la cause n'allait pas sans jeter des confusions, ni sans altérer la nature de plusieurs contrats romains. Aussi, une lutte très vive devait être menée contre elle par les Dialecticiens français, groupés autour de leur chef, Jacques de Revigny.

CHAPITRE III

LA RENAISSANCE DE L'ACTE ABSTRAIT DANS L'ECOLE FRANÇAISE DES DIALECTICIENS

En faisant revivre l'acte abstrait dans les deux cas de la stipulation et du contrat *litteris*, les Dialecticiens français obéissaient au double désir de rétablir une hiérarchie dans les contrats et d'opposer théoriquement les actes créateurs d'obligations aux titres probatoires. Ils n'entendaient ni revenir à un formalisme rigide ni sanctionner une pratique imposée par les besoins commerciaux. Ils s'élevaient seulement contre certaines conséquences du système de la Glose, en lui opposant des idées dont nous avons cru discerner l'origine jusque dans les théories des quatre Docteurs et dans les écrits de Placentin.

En soumettant uniformément tous les demandeurs en matière personnelle à la déclaration de la cause du droit déduit en justice, la Glose risquait de compromettre la supériorité de certains modes de contracter. Elle ne permettait plus de distinguer entre les contrats rivaux à leur cause, tels que la vente ou le *mutuum* et d'autres, plus indépendants, véritables moules où toute convention pouvait être coulée, sans qu'apparût nécessairement le genre d'affaire traité. Ne confondait-elle pas, en outre, moyen de preuve et source d'obligation, en expliquant le contrat *litteris* comme l'aveu d'un *mutuum* constaté par écrit ? Pourquoi étendre l'exigence de la loi romaine,

demandant que la cause soit exprimée dans l'écrit, en dehors du cercle des actes probatoires ? Surtout, comment faire de la cause la véritable base d'une obligation, dans les cas d'aveu simple, c'est-à-dire lorsque la forme fait défaut ? La seule fonction de cette notion n'est-elle pas d'assurer l'efficacité d'un mode de preuve ?

Mais cette réaction contre la cause dans les actes unilatéraux, créateurs d'obligation, ne doit pas faire oublier que, dans les conventions synallagmatiques, le jeu de l'*exceptio non adimpleti contractus*, tel que l'a compris l'école française, repose sur l'idée d'une corrélation matériellement parfaite entre les prestations des parties (1). C'est un domaine nouveau qui s'ouvre à la cause et cette conquête, grosse d'avenir, ne compense-t-elle pas la perte que le rétablissement de l'acte abstrait a fait subir à notre théorie ? N'oublions pas que c'est une analyse plus stricte des contrats qui a mené Jacques de Revigny à cet apparent paradoxe : exclure la cause du contrat unilatéral pour l'introduire dans les conventions synallagmatiques.

I. — Le système de Jacques de Revigny

Il était difficile, fût-ce à un Docteur ultramontain, de s'opposer radicalement, d'un seul coup, à la Glose. Le système de Jacques de Revigny ne fut rendu possible qu'à la suite de longs efforts de devanciers souvent anonymes.

(1) Voir Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution*, op. cit., p. 22 et s., et plus généralement sur la conception du contrat synallagmatique dans l'école française et le jeu de la résolution pour inexécution, G. Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, op. cit., pp. 302, note 28, 303, note 29, et surtout p. 309, note 42, où est cité un texte de Jacques de Revigny, rapportant une opinion ancienne d'après laquelle toute charge peut être regardée comme la condition d'un engagement, à laquelle est suspendue la validité de celui-ci. Jacques de Revigny s'y ralliait-il personnellement ? Le point est douteux. Cf. aussi l'opinion de Cinus sur le jeu de l'*exc. non adimpleti contractus*, p. 322, note 66.

Il semble qu'originellement, ceux-ci aient tenté de masquer leur réaction contre l'autorité de la Glose, en ne validant que très parcimonieusement les actes abstraits dans les seuls cas où un formalisme accentué ne laisse plus de doute sur la volonté réelle des parties.

*
* * *

C'est dans la stipulation que se marqua d'abord le retour à une forme abstraite.

Si l'on en croyait Jean d'André, ce serait Martin de Fano qui, le premier des auteurs postérieurs à la Glose, opposant les actes créateurs de dettes aux titres probatoires, aurait admis qu'une promesse était valable sans expression de sa cause : *obligatio valet sine specificatione causae* (1). Il n'est plus besoin d'invoquer le détournement qu'avait imaginé la Glose, c'est-à-dire la donation supposée : la stipulation vaut d'elle-même, sans qu'il soit nécessaire de

(1) Jean d'André, sur les mots *super hoc dicas*, *Spec.*, 4, 3, de *feudis*, § 2, 11 : *Secundum Mart. (Martinum de Fano) et Jo. (Johannem de Blanosco) qui respondent ad c. si cautio (X, 2, 22, 14) et l. cum de indebito (D., 22, 3, 25) et similia, illa loqui cum ad probandam veterem obligationem interponitur cautio sine expressione causae, quae exprimi debeat... In eo autem, qui simpliciter spondet, non dicens se ex praecedenti causa debere, sed de novo constituit, obligatio valet sine specificatione causae : dicit tamen Mar (Martinus) a se tribus, sc. legum doctoribus, sc. Jac. Bal. (Jacobus Balduinus) Azotet Bo. (Bonifacius mali consilii) tres diversas sententias audivisse : confirmat tamen eum quod not. Accur(sius) post Bul. (Bulgarum) et Hu. (Hugonem) ff. de const. pec. l. 3 § 1 (D., 13, 5, 3), scilicet quod si constituit quis se debere, quod scit se non debere, donare videtur. Nous avons corrigé les sigles, évidemment faux, donnés par l'édition du *Speculum*, Francfort, A. de Nevo, 1612, (Jac. de Bel. au lieu de Jac. Bal.; Bar., au lieu de Bal.), à l'aide de la leçon du ms. HH. I. 11, 1227, Bib. Pal. Parmensis, indiquée par Jean Acher *Notes sur le droit savant au Moyen-âge*, op. cit., p. 9. Cf. *Quaestiones in materia feudorum, secundum Spe. et Joan. And.* (éd. T. U. J., t. 10, 2^e p. f. 42) : *Illajura (c. si cautio; l. cum de indebito) non loquuntur de eo qui simpliciter promittit, non dicens se ex praecedenti causa debere, sed de novo constituitur obligatio, quia tunc valet sine specificatione causae... Est tamen bonum consilium, sec. Specu. quod specificetur aliqua causa.**

rechercher si un *negotium* réel, ou, en l'absence de celui-ci, une intention libérale, justifient son existence. Ainsi le principe et son explication, fondée sur la distinction de la preuve et de l'obligation, auraient été, en même temps, découverts.

Il faut reconnaître qu'il n'y a pas trace d'une règle aussi générale dans les modèles d'*instrumenta* et de *libelli*, que nous a conservés le formulaire de Martin de Fano. La promesse par stipulation se présente toujours comme un acte causé; le demandeur va même jusqu'à exprimer le genre de donation qu'il a entendu réaliser : donation pure et simple ou donation rémunératoire (1). Dans deux hypothèses, cependant, la stipulation prend une forme abstraite : la profession religieuse et l'hommage (2). On

(1) Martin de Fano, Formulaire (éd. Wahrmund), § 69 (formule de stipulation) : *Ego... solemni stipulatione promitto tibi... dare et solvere XX so(lidos)... Ideo promitto tibi, quia scripsisti mihi unum formularium, vel quia tibi pro multis servitiis a te mihi collatis illos donare volo, vel quia juvare me promisisti advocando pro me contra T et quia tu tale quod mihi fecisti; et semper ponas causam.* (Cf. la glose sur ce passage *semper in stipulationibus debet apponi causa quare promittitur, nec obstat doli exceptio...*); § 70 (libelle pour l'action née d'une stipulation) : *Ego B. conqueror de A qui promisit XX so (lidos) ex tali causa*; § 4 (libellus petitionis debiti) : *Ego V peto a D decem medros olei, quos mihi dare tenetur, quia mihi vendidit... vel quia mihi promisit ex tali causa* : la simple *promissio* sans cause, ne serait pas égalée au *negotium*, qu'est la *venditio*. Dans d'autres cas, lorsque la stipulation sert à créer une obligation adjointe, comme celle du fidejusseur, ou à nover une dette précédente, les formules font toujours mention de la cause de la dette principale ou antécédente, en même temps qu'elles indiquent la cause de la nouvelle obligation : § 80 (fidejussion) : *Ego M. promitto, ex causa fidejussionis principaliter me obligans, tibi G. me soluturum XX libras, quas mutuasti Ugolino Petri.* § 135 (novation) : *Ego A confiteor me debere tibi Jo. decem libras pretio unius equi, quem a te emi, quas decem libras novationis causa tibi promitto dare...* V. encore § 136 (novation).

(2) Martin de Fano, Formulaire, § 152, de *Monachatione* : *Ego A offero me ac mea ecclesiae beati Paterniani. Renuntio propriis, profiteor continentiam et beati Benedicti regulam et promitto tibi dompno J. abbati et successoribus tuis obedientiam et reverentiam, loci stabilitatem et morum conversionem.* La promesse faite à l'abbé, dans une forme abstraite, est précédée de deux actes : l'oblation de la personne et des biens, la soumission à la règle monastique. Pour l'hommage la forme est moins abstraite : on cherche une raison à la prestation des *servitia* en disant qu'il y a comme une servitude

présume que la gravité de l'engagement, entraînant un changement de statut qu'atteste, sans doute l'accomplissement du rituel supplémentaire de la jonction des mains, détournera les contractants des promesses inconsidérées. Observons que l'énonciation de la cause n'a d'intérêt que dans l'hommage, celui-ci pouvant seul intervenir dans des buts variés. Mais, ces deux exceptions à part, il n'existe que des actes causés. Ainsi, l'entrée en servitude, interdite aux hommes libres, doit être déguisée sous la forme d'un contrat synallagmatique de vente rendu possible par la complicité d'un tiers. Celui-ci simule qu'il vend son esclave à un acheteur ignorant la condition véritable du prétendu *servus*, alors que ce dernier, en réalité, entre de son plein gré au service d'autrui. Le formulaire souligne que l'acte du vendeur n'a été déterminé que par le désir de toucher le prix (1).

Mais, si telles ont été les premières applications, fort étroites, de l'acte verbal abstrait, celui-ci ne tarda pas à connaître une toute autre fortune, si bien qu'avant Jacques de Revigny, les Docteurs Ultramontains ne distinguent plus entre le contrat verbal simple et la stipulation renforcée par un hommage. L'expression d'une cause devint inutile dans tous les cas. De cette doctrine, radicalement hostile à la Glose, Jean de Blanot fut le représentant le

factice : cette fiction de servitude servirait de cause au changement de statut, plutôt qu'à la promesse elle-même, pour laquelle l'on se contente de dire qu'elle a lieu *ex causa homilitiae*, § 159, *De homitia: Ego P ex causa hemilitiae promitto tibi J. esse perpetuo tuus homo et stare cum meis hereditibus ad tuam majoriam et segnoriā et praestare tibi annuatim pro ficto servitio tale et tale servitium, constituens atque confitens me tuum hominem...* Dans le libelle, par lequel le seigneur demande l'exécution d'un tel accord, il n'est fait mention d'aucune cause, § 161 ; il est vrai qu'il n'y a pas, à proprement parler, action, mais recours à l'*officium judicis* (*condictio ex moribus*).

(1) Martin de Fano, Formulaire, § 162 : *Johannes vendidit pure ac libere servum suum P majorem XX annis Donadeo et ei tradidit possessionem.. Ideo fecit quia dictus Do. pretium solvit X librarum quarum medietas ad vendentem et alia medietas pervenit ad venditum, ut illum suo arbitrio erroget.*

plus audacieux. Sans doute, reconnaît-il que son opinion a contre elle l'unanimité des juristes et conseille-t-il de faire mention de la cause dans le libelle. Mais, pareille exigence est irrationnelle : pourquoi présumer qu'une personne puisse s'engager à tort, si facilement qu'on doive la prémunir contre ce danger en lui demandant de dire la cause de sa dette (1)? Pourquoi la stipulation, l'acte *firmus* par excellence, aurait-elle besoin d'être soutenue par une cause *extrinsèque*, alors que toutes sortes d'autres obligations, telles celles qui sont dites *re*, sont par elles-mêmes créatrices d'actions efficaces ? Dira-t-on que sur ces dernières, la stipulation a un désavantage capital, celui de ne reposer que sur le droit civil, alors qu'en elle un lien de droit naturel fait défaut ? C'était l'idée irnérienne que les *verba* ne donnaient naissance qu'à une obligation civile. Mais, répond Jean de Blanot, il y a aussi un lien de droit naturel sous entendu dans la stipulation. N'est-il pas dit qu'elle suppose un consentement éclairé, en dehors de l'échange des paroles qui peut être automatique ? C'est ce *consensus* qui est la base de l'obligation naturelle. Comment un acte, prenant racine à la fois dans le droit civil et le droit naturel, pourrait-il de

(1) Jean de Blanot, *Libellus super tit. Inst. de actionibus*, Bib. Nat. ms. lat. 15411, f° 86, v°, col. 2 (ms. lat. 4703, f° 21 r°, col. 1) : *Super actionem ex stipulatu sic formatur libellus : « Dico... quod Roderius promisit mihi per stipulationem... edificare unam domum... pro X libris talis monete quas sibi dedi. unde cum tantum temporis a tempore promissionis et citra sit elapsum quod dictam domum facere potuerit ago contra ipsum ut mihi praestet interesse meum »... Item bene inscribitur pro X libris... quia in stipulatione debet subesse causam ad hoc quod ex ea causa possit agi... Contrarium tamen concedo, sed ideo dicam clausulam inserui ut satisfacerem opinioni omnium. Sine dicta tamen clausula libellus potest stare quia sufficiens est causa stipulatio ad hoc quod possit agi, quod sic probatur, quia solutio et promissio parem vim habere judicantur, ut C. ad leg. fal. l. nemo (C., 6, 50, ?) sed nemo presumitur indebite solvere, ut ff. de probat. l. cum de indebito (D., 22, 3, 25) et sic generaliter videtur quod nemo presumatur indebite promittere. Unde cum causa promittendi presumatur non est necesse quod causa inseratur et probatur quod promissio et solutio sunt paria.*

lui-même être inefficace (1)? On comprend donc parfaitement qu'il soit théoriquement inutile d'exprimer dans un libelle sur la *condictio certi* la cause de la stipulation. Si le défendeur réclame de l'*agens* qu'il énonce cette cause, celui-ci pourra lui répondre qu'il n'est pas tenu à ce faire, car chacun doit savoir la raison de son propre fait : *causam facti sui*; à quoi servirait l'*editio causae*, puisque le défendeur est lui-même renseigné sur le motif de sa propre conduite (2)? Singulière raison qui ne tient pas compte de l'intervention d'un juge! Où s'arrêter d'ailleurs, dans la désignation d'une cause; ne devrait-on pas aussi rechercher la cause de la cause et progresser ainsi jusqu'à l'infini (3)? Notre auteur ne conçoit pas qu'en distinguant cause et

(1) Jean de Blanot, l. c., suite : *Item cum stipulatio dicatur a stipite, id est firmo, videtur quod per se sine alia causa sit firma ad agendum... Item hoc videtur probari per singula genera obligationum quod sic utiliter formatur libellus quia plures sunt obligationes re, verbis, litteris, etc., quae obligationes sunt genitricis sive matres actionum... unde sicut unaquaque aliarum obligationum sufficiens causa est quando possit agi et sine adjunctione causae extrinsecae ita videtur in proposito. Item in stipulatione est obligatio civilis, ut in isto § dicitur. Item naturalis subest ut ff. de pactis l. 1 § adeo (D., 2, 14, 1), unde cum ibi sit utrumque videlicet nature et civile, videtur quod sine causa extrinseca sit sufficiens vinculum ad agendum, ut sic promittens de necessitate obligetur alicujus rei solvendae causa, ut supra, de oblig. in prin.*

(2) Jean de Blanot, l. c., suite : *Item non videtur quod promissor hoc possit petere : edas mihi causam stipulationis, quia stipulator ibi respondet causam quare promissisti non teneor edere tibi in libello, nam causam facti tui teneris scire cum in facto proprio non sit ergo probabilis nec tolerabilis ut ff. pro suo, l. ult. et ff. ad vell. l. quaeque. (D., 41, 10, 5; 16, 1, ?) et C. de rescin. ven. l. quisquis (C., 4, 44, 15) unde cum sit mea causa ut causam sue promissionis (quis) scire teneatur non erit sibi edenda... Ex premissis apparet duo, quod causa stipulationis non est edenda. Item quod quamvis promissit sine causa expressa, tamen nihilominus valebit stipulatio, quousque probatum fuerit causam nullam vel falsam intervenisse quam per obliquum potest probari, tamen semper presumatur causa intervenisse.*

(3) Cette raison n'est pas donnée par Jean de Blanot dans son commentaire sur les actions; elle lui est attribuée par Guillaume Durand, qui, par ailleurs, résume très exactement son système *Spec.*, 2, 2, *De confessis* § nunc videndum, 7 : *Inducit etiam quod si requireretur causa in stipulatione, ergo et causa causae et sic in infinitum iri posset : quod evitatur a jure, extra, de rescriptis, c. 2 (X, 1, 3, 2)... Sicut igitur non requiritur oblatio ex oblatione nec causa causae, nec lis ex lite.*

motif, on puisse mettre une barrière à cette investigation. Ainsi l'expression de la cause est indifférente.

Parfois un intérêt secondaire s'attache à elle : comme Martin de Fano, Jean de Blanot analyse l'hommage en une stipulation renforcée par un rituel adjoint. Ses applications fort nombreuses vont de l'hommage féodal à l'hommage de paix, réparant un délit. Ses effets varient : il engage tantôt le promettant seul, tantôt ses descendants. Pour déterminer si la condition de celui qui fait hommage est personnelle ou héréditaire, on aura égard à la cause de l'engagement (1). Tend-il à amender un délit, il n'a d'effet qu'à l'égard du seul coupable ; a-t-il pour but d'obtenir une protection seigneuriale, même en l'absence de toute concession de fief, il peut lier les descendants de son auteur, car un père peut engager ses enfants, comme il pourrait les vendre ou leur donner un tuteur.

*

Ce sont les mêmes raisons exprimées plus fortement, que

(1) Jean de Blanot, *Traité des hommages* (éd. Acher) : 2, § 3 : *Neque curo utrum in promissione fatienda interveniat causa vel non. Interveniret enim causa, si dicerem ideo : « constituo me hominem tuum, quia tu dedisti mihi tale feudum, vel ut defendas me in jure meo a talibus adversariis meis, vel in emendum talis injurie quam dicor tibi intulisse. Nam quamvis causa non interveniat, valet tamen promissio in effectu. 3, § 4 : Ad predictam questionem (utrum filius mei hominis sit meus homo) dicendum est, quod consideranda est causa quare quis fecit homagium. Nam potest esse quod propter emendum alicujus delicti quis fecit homagium, certe hoc casu in multis locis ita videtur ex consuetudine optineri, ut filii talis hominis mei non sint homines mei, et satis videtur probabilis talis consuetudo, nam filius non debet portare iniquitatem patris. Si autem constituam eum hominem meum ligium quia dedi ei in feudum aliquam rem vel ut debeam ipsum protegere seu defendere,... unde quia in hoc casu persona patris est principaliter obligata, scilicet ut ipsum defendam et protegam, et aliquis presumitur ita velle providere filiis suis secundum quod sibi..., certe in hoc casu videtur quod persone filiorum sunt astrictae jure homagii, etiam quamvis vellent abstinere a re quam dedi patri eorum in feudum, quia principaliter propter illam rem non fecit michi homagium. § 5. In dubio autem, sive exprimat causam sive non liqueat quare fecerit homagium, presummam ut ideo fecerit homagium ut eum defendat dominus et sic filii ejus sint astricti et res potius valeat quam pereat. Cf. Guillaume Durand, *Spec.*, 4, 3, *Defeudis* § 2, 11, 13 et 15.*

reprend Jacques de Revigny. Dans son commentaire aux Institutes, il plagie ouvertement Jean de Blanot. Comme ses devanciers, l'objection tirée de la nature de la stipulation, apte à vêtir toutes sortes d'opérations juridiques, l'arrête peu. N'en est-il pas de même du paiement, qui peut avoir lieu à la suite de n'importe quel contrat et même sans qu'aucun ait eu lieu; il n'est pas contesté, cependant, que le paiement reste valable et que l'absence de cause exprimée n'est pas un vice : *paria sunt solvere et promittere* (1). Le rapprochement est capital, car il explique comment l'acte abstrait peut-être critiqué. L'indu ne se présume jamais, pas plus dans les actes créateurs de dettes que dans les actes libératoires. C'est à celui qui prétend avoir payé à tort qu'il appartient d'apporter la preuve de son erreur; de même, c'est au débiteur seul qui prétend avoir promis sans cause, qu'incombe la charge de prouver que son obligation repose sur une base illicite ou trompeuse (2). Une défense purement procédurale n'est plus autorisée. Rappelons-nous qu'au contraire, dans le système de la Glose, l'exception de dol semble ne pas exiger de preuve : un défendeur excipe de dol; c'est au demandeur qu'il appartient de lever l'obstacle à son action, en prouvant que la stipulation a bien une

(1) Jacques de Revigny, *Lectura super Inst.*, Bib. Nat., ms. lat. 14350 f° 168 v° col. 2 : *Libellus (sine causa) recte concluditur nec oportet apponere causam et hoc ostendit sic : Contractus distincti sunt ; in aliis contractibus sufficiunt cause illorum contractuum : ex mutuo, mutuum et sic de aliis, ergo ex stipulatione, stipulatio. Ad hoc respondent (Doctores) : dicunt quod stipulatio est valde generalis, unde oportet exprimere quod paria sunt promittere et solvere.. Qui solvit presumitur ex causa solvere debitum; ergo et qui promittit intelligitur promittere cum causa.*

(2) Jacques de Revigny, l. c., suite : *Et si excipiat, quod stipulatio nunquam est sine causa, dico quod excipienti incumbit probatio, nam promittere et dare paria sunt... Et sic in datione, quod dicenti quod indebite dedisset incumbit probatio, ergo sic in promissione, quod qui dicit se non licite promisisse, vel sine causa quod hoc probat.*

cause. Jacques de Revigny rejette au contraire sur le défendeur le soin de prouver que le contrat est sans cause (1), en dépit de la difficulté que soulève la démonstration d'un fait négatif. Mais la possibilité d'exciper est exclue par un dilemme. Si le débiteur prétend invoquer le défaut de cause de sa promesse, on lui objecte : ou s'il le connaissait — mais le demandeur doit le prouver — qu'il est censé avoir voulu faire une donation, ou, s'il dit qu'il l'ignorait, qu'il ne doit pas être cru, car il est improbable qu'il se soit trompé sur son propre fait (2). Des textes cependant reconnaissent que l'ignorance doit être présumée, tant que *l'actor* n'a pas démontré que le débiteur savait pourquoi il s'obligeait. Fût-il admis à faire la preuve de l'absence de cause, la stipulation n'en garde pas moins, jusqu'à ce qu'il ait réussi à prouver sa prétention, l'apparence de validité que lui donne son caractère d'acte abstrait (3).

(1) Jacques de Revigny, *Lectura super Cod.*, Bib. Nat., ms. lat. 14350, f° 405, v° col. 2 : *Si dicas excipio de dolo, quia causa non suberat et ex stipulatione sine causa non agitur cum effectu, dico : probe quod causa non subest; si probat reus quod causa non suberat esset in causa absolutionis.*

(2) Jacques de Revigny, *Lectura super Cod.*, l. c., suite : *Si dicat actor : « et tu, sciens causam non subesse, promisisti », et incumbit hic honus hoc probandi actori, quia presumitur ignorans, nisi probetur sciens... quod si probaverit actor quod reus sciens causam non subesse promisit, ergo probatur eum donasse.* La *Lectura super Inst.*, après avoir posé le principe que l'ignorance et l'erreur sont improbables sur des faits personnels, revient à l'idée exprimée dans la *Lectura super Cod.* d'une présomption d'erreur. *Lect. super Inst.*, Bib. Nat., ms. lat. 14350, f° 168 v° col. 2 : *Si (debitor) dicat se ignorare, improbabilis est error in facto proprio... Si probavit se promisisse sine causa, aut ergo dicit se fecisse hoc sciens, presumitur donare.. si dicat quod ignorans, presumitur ignorasse, nisi probetur sciens.*

(3) *Lectura super Cod.*, Bib. Nat., ms. lat. 14350, f° 405 v° col. 2 : *Quid ergo, valebitne stipulatio sine causa? Opinio glosatoris est quod si sit stipulatio sine causa, potest agi ex ea, sed obstat exceptio doli... Dominus domini mei (?) et fere omnes moderni sustinent quod agitur ex stipulatione sine causa, cum effectu.* La dernière phrase, entendue strictement, laisse croire que les *doctores moderni* excluent la preuve contraire, et par conséquent l'exception de dol, alors que celle-ci serait la seule protection contre l'absence de cause dans le système des glossateurs. Les deux propositions sont également inexactes. Un passage de la *Lectura super Inst.* semble admettre que c'est dans le cas seul où la stipulation a été expressément faite

*
* *

Il était tentant de donner un complément à la parole abstraite par l'écrit abstrait.

Ne pouvait-on parvenir à ce résultat, en utilisant un des emplois particuliers de la stipulation? Très souvent celle-ci figurait comme clause finale d'un *instrumentum*, validant l'ensemble de l'acte. Il aurait suffi de présumer qu'en tout écrit, une stipulation avait eu lieu, pour qu'une simple déclaration de dette fût valable, en l'absence de cause. Nombreux sont les exemples où une stipulation est feinte ou présumée (1). Mais cet expédient avait le tort de faire rentrer le contrat par écrit dans le cadre du contrat verbal : si le prétendu contrat littéral n'avait été qu'une stipulation écrite il aurait dû utiliser la même formule : *promitto me debere*; s'il disait : *confiteor me debere*, on l'aurait regardé comme

en vue d'une cause antécédente, que jouerait l'exception de dol, *Lectura super Inst.*, Bib. Nat., ms. lat. 14350, f° 168 v° col. 2 : *Si aliquis promisi sine causa et agatur ex illa promissione, obstat exceptio. Hoc est pro me : ergo competeat actio; sed dices, verum est (sed) inefficax, unde in tali (casu) libellus non concludit. Ideo dico quod lex illa* (sans doute D., 22, 3, 21) *loquitur ubi promissor credebatur subesse causam, que non suberat, et promittit, quia tunc, si petatur ex stipulatione sine causa obstat exceptio. A l'inverse, Cinius prête à Jacques de Revigny, un système très net, où l'exception de dol joue très largement, sans aucun des obstacles qui nous ont semblé résulter des textes des deux *Lecturae* de J. de Revigny. Elle n'est exclue que dans les cas où l'absence de cause résulte d'une intention de donner : *scientia est causa*; partout ailleurs (croyance erronée à une cause, doute sur la pensée du débiteur) l'*exceptio doli* est admise. *Com. in Cod.*, 4, 30, 13 : *Aut quis ex certa scientia promittit sciens se non teneri et tunc ista scientia est causa, sc. donationis, aut promittit credens se teneri ex aliqua causa, et tunc obstat exceptio doli... aut dubitatur, tunc cum homines non jacent suas pecunias et quia donare est perdere... putandum est quod magis errore promiserit et sic obstat exceptio doli, nisi probetur causa.**

(1) Jacques de Revigny, *Lectura super Inst.*, Bib. Nat., ms. lat. 14350, f° 168 v° col. 2 : *Et nota quod... quandoque (agitur) ex ficta stipulatione... quandoque agitur ex stipulatione presumpta, et hoc contingit quando dubium est aut intercessit stipulatio vel non.*

un écrit probatoire, nécessairement causé. Pour l'école française, il est tout autre chose. C'est une source d'obligation, égale à la stipulation, qui, entièrement distincte d'un titre écrit probatoire, peut prendre une forme abstraite, sans que sa valeur soit altérée.

Une difficulté capitale surgit aussitôt. Autant il était facile de séparer la stipulation de sa cause, autant il semble difficile de faire la même distinction à propos du contrat littéral. Celui-ci n'est-il pas nécessairement rivé à une *causa mutui*? Que l'on évite d'exprimer cette cause, il n'en reste pas moins que l'acte littéral ne sera abstrait qu'en apparence : on connaîtra toujours la cause d'où dépend son entière efficacité.

Sur ce point, la pensée de Jacques de Revigny reste flottante; elle varie du commentaire aux Institutes à la *Lectura Codicis*. C'est dans cette dernière seule que le contrat littéral est regardé comme un acte abstrait général, semblable en tous points à la stipulation dont il est devenu le pendant écrit. Mais bien des difficultés demeurent : quelle action sanctionnera ce contrat restauré? Comment le distinguer du titre écrit probatoire? Jacques de Revigny dut revenir sur ces problèmes pour les éclaircir : *pauci tamen intellexerunt* (1). Ne nous flattons pas de comprendre la pensée du maître de l'école française, mieux que ne l'ont pu faire ses disciples.

*

Une distinction essentielle domine tout le système de Jacques de Revigny : celle du *mutuum* véritable et du pseudo-*mutuum* ($\frac{2}{1}$), que constitue la construction bâ-

(1) Jacques de Revigny, *Lectura super Cod.*, Bib. Nat., ms. lat. 14350, f° 405 r° col. 2 : *Et ego alias feci istam questionem. pauci tamen intellexerunt eam.*

(2) Jacques de Revigny, *Lectura super Inst.*, Bib. Nat., ms. lat. 14350, f° 169 r° : *Dominus meus* (c'est de Jacques de Revigny qu'il s'agit) *dicit*

tarde du *mutuum civile tantum* de Jean Bassien et de la Glose.

L'idée n'est d'ailleurs pas originale. Jean de Blanot, qui la connaît et semble s'y rallier, l'attribue à Jacques Balduin (1). Pour ce dernier, seul, mérite le nom de *mutuum*, le contrat qui se forme par la remise de la chose; en dehors de lui, il n'y a que des actes formels : stipulation, contrat *litteris*. L'écrit par lequel une personne se reconnaît débitrice *ex causa mului*, alors que la numération des deniers n'est qu'une espérance, ne sert pas à constater une variété de *mutuum*; c'est un véritable contrat littéral. Toute la doctrine de Jacques de Revigny est en germe dans cette division.

Mais comment apparaîtront ces différences entre le vrai *mutuum* et le contrat littéral *ex causa mului*?

Dans le premier état de sa pensée, que nous fait connaître le commentaire aux Institutes, c'est au signe qu'avait déjà indiqué Jacques Balduin : le *mutuum* réalisé ou non, qu'il convient de s'attacher. En un sens, le contrat littéral n'est pas détaché d'une cause : il a toujours lieu en vue d'un

una cum Ja (Jacobus Balduinus) quod unum est mutuum tantum, scilicet naturale et quod ipsi dicunt in litterarum obligatione esse mutuum civile, nihil est; ymo est illa alia species obligationis distincta. Item quod ipsi dicunt quod est mutuum civile, cui natura favet, hoc nichil est. Ymo est stipulatio ex causa numerationis, non enim est ibi mutuum.

(1) Jean de Blanot, *Libellus super tit. Inst. de actionibus*, Bib. Nat., ms. lat. 15411, f° 91 r° col. 1 (ms. lat. 4703, f° 32 r° col. 2, 33 v° col. 1 et 2) : *Secundum Jo (Johannes Bassianuss) triplex mutuum: mutuum civile tantum... (obligatio litterarum), aliud est mutuum naturale tantum... tercium mutuum est civile natura cooperante, videlicet quando pecunia et stipulatio intervenit... Sed dominus Jac Bal (Jacobus Balduinus) dixit unicum esse mutuum scilicet naturale. nam alia duo non vocabat esse mutuum, imo erant propria nomina obligationum distincta et opposita; nam mutuum civile tantum est obligatio ex litteris. Item mutuum civile natura cooperante, est verborum obligatio; mutuum vero naturale est obligatio quae re contrahitur.* Nous n'avons pu retrouver le passage cité de Jacques Balduin : le court traité du *de officio advocati* (Bib. Nat., ms. lat. 4609, f° 144 et sq.) ne traite que des préliminaires de l'instance judiciaire et spécialement des cas exceptionnels où le procès peut être entamé, sans que le demandeur produise de libelle. 

mutuum futur (1). Il ne se distingue donc pas par son caractère abstrait de l'*instrumentum mutui*, simplement probatoire; de plus, il peut être réalisé aussi bien par un acte privé que par un acte public (2). Autant de rapports pouvant créer une confusion. Ce n'est donc pas à un critère tenant, soit à la forme extérieure de nos actes, soit au caractère général du contrat *litteris*, qu'il faut demander de les séparer, mais à un élément du fonds : la numération de deniers a-t-elle eu lieu (3) ?

C'est de ce fait que dépend l'octroi de telle ou telle action. Si l'argent a été compté, c'est la *condictio certi*, sanction du *mutuum* (4), qui naît. Dans le cas contraire,

(1) Jacques de Revigny, *Lectura super Inst.*, Bib. Nat., ms. lat. 14350, f° 190 v° col. 2 : *Nunc restat videre de tertio, scilicet super qua causa habet fieri haec obligatio (litterarum); et quidem super causa mutui tantum. mutui dico non facti sed faciendi.*

(2) Jacques de Revigny, l. c. : *Quibus litteris habeat fieri, an publicis vel privatis, constat hic ubi dicit. « si quis scripsit », talibus enim litteris quas scribit aliquis contra se bene statuitur... Item de publico constat quod in eo facta confessio praepjudicat; quia si credit(ur) privato, multo magis publico.*

(3) Faute d'un critère plus apparent dans la forme, on s'efforce de déterminer les mots qui révéleront que le *mutuum* a eu lieu ou est seulement escompté. Jacques de Revigny, *Lectura super Inst.*, Bib. Nat., ms. lat. 14350, f° 169 r° : *In mutuo sic formatur libellus : « Mutuavi 10 talis monete, unde peto quod tu reddas illa 10 ». Quare dicit tibi mutuavi, numquid tantum valeret : « Dedi tibi 10 ex causa mutui, unde peto etc ». Dicunt quidam quod non, quia posset dari ex causa mutui et tamen non esset mutuum, ul, quia recipiens non recipit illa causa, ut ff. si cert. pet. l. si ego (D., 12, 1, 18), non esset magna vis in tali libello.*

(4) Il semble que pour Jacques de Revigny cette *condictio* est rattachée à la *causa mutui* : cette action recevrait sa détermination non pas du caractère certain de la créance, mais exclusivement de la nature du contrat. Ce trait l'oppose à la *condictio ex lege*, née du contrat littéral, et qui reçoit sa détermination non d'un contrat mais d'une loi : Jacques de Revigny, *Lectura super Inst.*, ms. lat. 14350 f° 168 v° col. 1 : *Ego dico quod ipse (Johannes Bassianus) potuit dicere probabiliter quod divisio actionum penes suas differentias specificatas sumitur penes diversitatem causarum concludendi. Certi condictio ex mutuo non concludit quasi certum, etsi mutuatum sit certum, sed quia mutuatum, unde potius dicitur certi condictio ex mutuo. Est-ce là l'opinion personnelle de Jacques de Revigny ? ou celui-ci explique-t-il seulement comment il comprend l'opinion de Jean Bassien ? Il admet, dans un autre passage de son commentaire, l'existence d'une *condictio certi generalis*, indépendante de toute cause, qui peut jouer dans tous les cas où l'objet*

et si aucune stipulation n'est adjointe, c'est une action toute différente : la *condictio ex lege* (1), sanction de toute obligation créée par une loi, qui protège le créancier. Elle naît de la *scriptura* non de la *causa*, de la loi non du contrat. Si les termes de l'acte écrit constatant un *mutuum* ou créant une *obligatio litteris* peuvent différer de peu, une divergence plus sensible doit s'accuser dans le libelle.

Il semble que Jacques de Revigny exige la mention du nom de l'action, seul susceptible d'individualiser entièrement le mode d'agir (2). Peut-être, l'énoncé très

d'une créance est un *certum*, même *ex causa mutui*, l. c., f° 179 v° col. 1 : *Certi condictio generalis abstrahit a quolibet facto vel contractu, unde non requirit adjectionem, nisi in narratione, unde ex quocumque contractu sis mihi obligatus vel ex mutuo vel ex vendito, hic nullam inducit narrationem quoad certi conductionem; nam ex quacumque causa petitur certum, competit certi condictio*. Mais, un autre fragment de la *Lectura* est décisif; il prouve la séparation de la *condictio ex mutuo*, et de la *condictio generalis*, l. c., f° 157 v° col. 1 : *Argumentum certi cond. generalis: « certum debes, ergo certum solve » Argumentum actionis ex mutuo: « mutuum recepisti, ergo mutuum solve »*. Jean de Blanot déjà discutait sur la coexistence des *condictiones speciales* (*ex mutuo* et *ex stipulatu*) et de la *condictio certi generalis*. Contre Jean Bassien, partisan de la coexistence, Jacques Balduin soutient que seule doit exister la *condictio generalis*, les *condictiones speciales* se confondant avec elle et n'ayant aucun domaine particulier. Jean de Blanot défend le système de Jean Bassien : il y a avantage à maintenir la *condictio generalis* et les *condictiones speciales*, attachées à leurs causes. Cf. *Libellus super tit. Inst. de act.*, Bib. Nat., ms. lat. 15411, f° 90 v° col. 2 et f° 91 r° col. 1 (ms. lat. 4703, f° 31 r° col. 2, v° col. 1).

(1) Jacques de Revigny, *Lectura super Inst.*, ms. lat. 14350 f° 191 r° col. 2 : ... *videamus que scilicet actio de ista obligatione nascitur et quidem nascitur condictio ex lege illa C. de non num. pec. l. ex contractibus* (C., 4, 30, 14), *nam per legem illam fuit inventa hujusmodi obligatio, ut patet I. ibidem per constitutionem, etc.* (Inst., 3, 21). *unde cum non sit cautum quo genere actionis agatur, agendum est conductione ex lege*.

(2) Jacques de Revigny, l. c., : *Qualiter concipiatur libellus in ista actione et quidem potest sic formari: Dico ego talis contra talem quod ipse scripsit se debere mihi decem ex causa mutui, unde predicta 10 peto mihi reddi et ad hoc propono conductionem ex lege illa ex contractibus*. En règle générale, cependant, Jacques de Revigny, n'exige pas que le nom de l'action soit exprimé dans le libelle, *Lectura super Inst.*, Bib. Nat., ms. lat. 14350, f° 157 r° col. 1 : *Si queras utrum nomen actionis sit exprimendum in libello, dico quod non*. Mais si du *modus concludendi*, le genre de l'action apparaît mal, il y a intérêt à nommer celle-ci, l. c., f° 157 v° col. 1.

précis des circonstances, aurait-il été regardé comme suffisant. S'il est dit, par exemple : *Dico quod X mutuavit mihi decem*, il est certain qu'un *mutuum* a eu lieu, la *condictio certi* compète au créancier. Est-il seulement écrit dans le libelle : *Dico... quod X scripsit se debere mihi decem ex causa mutui*, comme la *causa mutui* n'indique pas nécessairement que le *mutuum* soit réel, il s'ensuit que l'action intentée est la *condictio ex lege* (1).

Mais cette action pratiquement jouera-t-elle ? Ne sera-t-elle pas évincée par une des deux *condictiones certi* nées du *mutuum* ou de la stipulation ? Aussitôt après avoir délimité le champ d'application théorique de nos actions Jacques de Revigny en vient presque à dénier à la *condictio ex lege* toute utilité.

Reprenons les exemples précédemment donnés de libelles : ces derniers font mention de la *causa mutui*.

(1) Ce qui complique le problème de la distinction du libelle pour la *condictio certi* et du libelle pour la *condictio ex lege*, c'est que les termes dans lesquels peut être conçue l'obligation *litteris* loin d'être fixés avec précision, sont au contraire très larges : logiquement, l'obligation n'existant qu'en vue d'un *mutuum* futur, ils ne devraient relater cette opération qu'au futur. Or Jacques de Revigny admet que, quel que soit le temps du verbe, même s'il semble indiquer que la numération a eu lieu, il peut s'agir d'un contrat *litteris* : *Lectura super Inst.*, Bib. Nat. ms. lat. 14350 f° 190 v° col. 2 : *Videamus quibus verbis habeat fieri iste contractus, et quidem super hoc varie sunt doctorum opiniones; nam domini Jo (Johannes Bassianus) et Azo dicunt quod verba tantum futuri temporis fiunt, sic scribo me soluturum ex causa mutui... Item quia sic concipitur stipulatio per verba futuri temporis tantum... (f° 191 r° col. 1) ego autem puto per verba presentis temporis et preteriti temporis similiter debere, ut de verbis presentis temporis est exemplum, ut scribo me debere... de verbis preteriti temporis, ut confiteor me accepisse 10 mutuo vel mihi etiam mutuata esse. La difficulté est très grande de reconnaître dans l'exposé de la *causa debendi* si le demandeur entend se prévaloir d'un *mutuum* ou d'une *obligatio litteris*. Ainsi, à côté de l'exemple de libelle, cité p. 106, n. 3, figure ce deuxième exemple, où la numération est avouée ; bien que le texte de la *Lectura* tourne court, il semble que l'action proposée soit la *condictio ex lege* ; on attendait logiquement, la *condictio certi ex mutuo*. f° 191 r° col. 2 : *Dico contra talem, quod ipse confessus fuit in instrumento quod manu sua scripsit a me 10 mutuo se recepisse, unde etc, et ad hoc propono condictionem etc.**

Or, raisonne notre auteur, l'obligation suppose une forme solennelle, des *litterae* : ne doit-on pas présumer que tout s'est passé régulièrement, que la cause relatée est bien réelle, c'est-à-dire que le *mutuum* a eu lieu? Dès lors c'est en vertu de lui, qu'on agira par la *condictio certi* (1). Si l'on reste convaincu que la numération n'a pas eu lieu, on retombe dans une autre *condictio certi*, celle qui naît de la stipulation. Que faut-il pour que celle-ci existe? Un simple échange de consentement, que les termes du contrat permettent de présumer (2). Le domaine de la *condictio ex lege* ne s'évanouit-il pas? Le contrat *litteris* n'est-il pas absorbé d'une part par le *mutuum*, de l'autre par la *stipulatio mutui causa*? Singulière théorie qui ruine toutes les affirmations antérieures!

La critique était excessive, Jacques de Révigny le reconnut vite. S'il y avait stipulation chaque fois qu'il y a réciprocité de consentement, tous les pactes seraient compris sous le genre contrat verbal. Il en serait ainsi du constitut; pourtant c'est bien de l'action de constitut et non *ex stipulatu* que je suis tenu lorsque j'ai promis de payer la dette d'autrui (3). De plus, la stipulation réclame des *verba futuri temporis*; or le contrat littéral peut être conçu en termes se rapportant au passé ou au présent, ce qui ne laisse pas d'être un motif nouveau de confusion

(1) Jacques de Révigny, l. c., suite: *Videtur quod libellus iste stare non possit, nam aut fuit mutua(ta) pecunia aut non. Si mutua(ta), non habet locum haec actio, ymo certi condictio ex mutuo... necessarie sunt litterae in hac obligatione. Si ergo instrumento confiteatur aliquis se a me recepisse 10 ex causa mutui, statim possum agere cum effectu certi conductione ex mutuo, quia omnia presumuntur sollemniter acta.*

(2) Jacques de Révigny, l. c., supra, suite: *Si autem non fuit mutua(ta) pecunia et ita scripsit se debere, agendum contra est certi conductione ex stipulatu, ut pote cum hic intervenirent verba intellectu contrahentium consonantia quod sufficit hodie in stipulationibus.*

(3) Jacques de Révigny, l. c., supra, suite: *Si constituo me tibi soluturum 10 que tibi debet Ticius non propter hoc videor per stipulationem promisisse, ymo de constituto teneor, que potest fieri et inter absentes et inter praesentes.*

avec l'*instrumentum mutui*. Quant à dire que la *causa mutui* est égale au *mutuum*, cela n'a point d'effet tant que dure l'exception *non numeratae pecunia*.

C'est qu'en effet le rattachement de la *condictio ex lege* à la *causa mutui* soumet pendant deux ans celle-ci, comme une simple *condictio certi*, à l'*ex. n. n. p.* Mais après l'expiration de ce délai, son originalité apparaît. Comme elle est fondée sur la *sola scriptura*, et non sur la numération, la condamnation du débiteur est fatale : *erit condemnandus non quia numeravit, sed quia scripsit se sic debere*, tandis que, dans la *condictio certi*, malgré la présomption de numération qui résultait de l'écoulement du délai de deux ans, l'exception de dol restait toujours ouverte (1).

Tel est le premier aspect de la doctrine de J. de Révigny, sur l'acte littéral abstrait. Conception encore timide ! Si, d'une part, notre auteur admet qu'une action entièrement détachée de sa cause naît du contrat *litteris*, il affirme encore que l'obligation littérale procède *ex causa mutui*. La *condictio ex lege*, ainsi rattachée au *mutuum* par une conséquence certaine, reste soumise au jeu de l'*ex. n. n. p.*

*

Jacques de Révigny comprit ce défaut et, dans le Commentaire au Code, il rompt la dernière attache qui liait le contrat *litteris* au *mutuum*. L'écrit abstrait devient une forme générale, aussi large que la stipulation : *similia*

(1) Jacques de Révigny, l. c., *supra*, suite : *Creditor agit ante biennium et tunc indistincte habet creditor probare pecuniam fuisse numeratam quia etiam vero creditori potest opponi exceptio non num. pec. infra biennium... Si autem agit post biennium aut agit ex numeratione dicens : « peto a te 10 que tibi tradidi mutuo » et tunc numerationem per confessionem taciturnitate biennii roboratam, probabo. Si autem ex sola scriptura, ut quia dicat : « ago contra te quia scripsisti te mihi debere 10 ex causa mutui, que peto mihi reddi et ad hoc propono etc. » tunc quia non allegat numerationem aliquam, hic non presumitur numerasse... et ideo tunc erit condemnandus non quia numeravit sed quia scripsit se sic debere.*

sunt et proportionalia verba et scriptura (1). Comme cette dernière, il a un rôle novatoire. De même que si une stipulation suit un *mutuum*, c'est en vertu de la stipulation que le demandeur doit agir, de même, c'est l'action née du contrat littéral qui se substitue à l'action née du *mutuum* (2). Mais il en va de même, quelle que soit la nature du contrat, à la suite duquel la promesse a été passée : ainsi, j'ai reconnu par écrit, devoir 10 à Titius, par suite de la vente d'un cheval et j'ai promis de payer ce prix. Titius peut-il agir contre moi en se prévalant de ma promesse écrite, abstraction faite de la cause, ou doit-il intenter l'action née de la vente, en prouvant, à l'aide de l'écrit, la réalité de la cause, dont dépend son droit ? Tous les auteurs se rangent à cette dernière opinion. Très hardi, Jacques de Revigny, admet que Titius peut agir par la *condictio ex lege*, en invoquant la seule *scriptura* (3). Re-

(1) Jacques de Revigny, *Lectura super Cod.*, Bib. Nat., ms. lat. 14350 f° 405 r° col. 2 : *Quaero numquid scriptura habens formam obligatoriam, obligat in alio casu quam in casu mutui, ut ex obligatione litterarum agatur?.. dico... verba et scriptura sunt duo proportionalia, unde sicut omnia possunt dici, sic omnia possunt scribi, unde in omnibus causis vel contractibus cadit obligatio verborum, sic litterarum, quia similia sunt et proportionalia verba et scriptura et probatur proportio... dico ergo quod litterarum obligatio habet locum in omni contractu.*

(2) Jacques de Revigny, l. c. supra, note 1 : *Scias quod si contractus mutui sequitur in continenti litteram huius formae obligatoriam, non est agendum ex contractu mutui, sed ex litteris; quia sic est in obligatione verborum. Si statim sequitur stipulatio contractum mutui agitur ex stipulatione, non ex mutuo; et ista sunt paria, ut probatum est, verba et scriptura seu littera et idem de aliis contractibus posset dici quod ita sit.*

(3) Jacques de Revigny, l. c. supra, note 1 : *Confiteor me debere X ex venditione equi et promitto me soluturum; certum est quod valet ad probationem; sed, numquid valet ad obligationem ut agatur ex obligatione litterarum?.. planum est si dicam sic : ago contra te ex vendito ad X que mihi debes ex venditione equi et convenitur ad probationes, produco illam scripturam, facit ad probationem. Sed, an formabo libellum in obligatione litterarum? quidam dixerunt quod, ubique loquitur lex de obligatione litterarum, loquitur in mutuo, non in alia causa... si vellet lex quod ageretur ex obligatione litterarum ex alia causa quam mutui, ut venditi, et sic de aliis, ita bene locuta esset in causa alia... Dico contrarium... obligatio litterarum habet locum in omni contractu.*

marquons que, dans l'exemple précité, il y avait, outre l'aveu de dette, une promesse de payer. Logiquement, cette promesse aurait dû être interprétée comme une stipulation adjointe; c'était l'opinion de Jacques de Revigny dans son Commentaire aux Institutes, et notre exemple aurait dû rentrer dans l'hypothèse d'une stipulation *ex causa mutui*. Ce scrupule ne l'arrête plus : c'est bien d'un contrat *litteris* qu'il s'agit : le mot *promitto* est regardé comme indiquant une source quelconque d'obligation, par opposition à un mode de preuve (1). Comme il est sûr que ces termes n'ont pas été prononcés oralement, ils ne peuvent se rapporter à une stipulation. Dans la présence de ces mots, on peut voir un critère plus apparent que le fait de la numération, destiné à séparer contrat littéral et *instrumentum mutui*. Ce retour à une forme écrite est un progrès sur la théorie de la *lectura* aux Institutes.

Ainsi une action peut naître de n'importe quel écrit, pourvu que l'*animus obligandi* existe vraiment, et qu'une forme obligatoire l'atteste (2), quelle qu'en soit la cause et indépendamment de la preuve de cette cause (3) : *Si scrip-*

(1) Jacques de Revigny, *Lectura super Cod.*, Bib. Nat., ms. lat. 14350 f° 405 v° col. 1 : *Vidimus bene in alia quam in causa mutui : confiteor mei debere X ex causa venditi, nec additur et ideo promitto me soluturum non habet formam obligatoriam. sic in mutuo, cum dicit : confiteor me debere ex causa mutui nec dicitur me promitto soluturum non habet formam obligatoriam unde non inducit obligationem, sed tantum facit ad probationem... si est ibi et promitto me soluturum, habet formam obligatoriam et inducit obligationem tunc post biennium agitur ex obligatione litterarum, unde debet sic formari libellus... unde ago contrate, non ex mutuo, sed actione ex litterarum obligatione, queque sit illa, condicione ex lege, si sit illa.*

(2) Jacques de Revigny, l. c., note 1, *supra*, f° 405 r° col. 1 : *Litera ergo cum consensu inducit obligationem, hoc est quod probatur qualiter ergo nominatur obligatio litterarum. dico quod consensus qui et requiritur in omni obligatione est tanquam materiale, sed littera est tanquam formale, per quod trahitur ad formam obligationis... unde verum est quod littera fit animo obligandi, ut nec animus sine littera in ista obligatione, nichil operatur.*

(3) Jacques de Revigny, l. c., note 1, *supra*, f° 405, v° col. 2 : *Pone scripturam, non habet causam nec mutui nec aliam : scribitur instrumento, confiteor me et promitto me soluturum; numquid inducitur obligatio? Dicunt (Doc-*

tura habet formam obligatoriam valet sine causa. Elle oblige, en principe, le débiteur à exécuter immédiatement, dès la rédaction de l'écrit, l'obligation convenue; seulement, le rattachement à une cause agit, lorsqu'il apparaîtra que l'obligation écrite a pour cause un *mutuum*. La *condictio ex lege* est traitée comme la *condictio cerli ex muluo* (1) : durant deux ans, l'*ex. n. n. p.* paralyse cette action. Nous savons déjà qu'à l'expiration du précédent délai, toutes les différences qui séparent les deux *condictiones* se retrouvent et que le caractère abstrait de la première apparaît en pleine lumière.

Tel est dans son ensemble le système de Jacques de Revigny : l'acte unilatéral, créateur d'obligation, est valable indépendamment de la justification d'une cause. Entre l'existence de celle-ci et l'octroi d'une action, il n'y a plus le rapport nécessaire que la Glose avait établi. Le domaine où doit intervenir la notion de cause, reste exclusivement celui des titres probatoires.

* * *

Cette dernière conséquence contredisait les théories des glossateurs et des canonistes, qui avaient cru trouver dans la cause le véritable fondement de l'obligation née d'une déclaration de volonté sans forme. Elle était cependant, très naturelle dans les doctrines de l'école française. Jacques de Revigny s'est, en effet, distingué par la rigueur avec laquelle il combattit les tentatives tendant à étendre la notion de pacte obligatoire, soit qu'elles

lores) quod non (quia non est ibi causa), licet habeat formam obligatoriam quia in textu est promisit, ut ff. de probat. l. cum de indebito § ult (D., 22, 3, 25). Dico quod si scriptura non habet formam obligatoriam, non valet sine causa, sed, si habet formam obligatoriam, valet sine causa.

(1) Jacques de Revigny, l. c., p. 111, n. 1 f° 405 r° col. 2 : *Obligatio litterarum.. firmitus habet locum in alio contractu quam in contractu mului quia in alio contractu statim prejudicat ut hic, in mutuo post biennium.*

prétendent qu'il n'existe plus de pacte nu, soit qu'elles augmentent indéfiniment le nombre des *vestimenta*. Il refuse d'admettre d'autres *vestimenta* que l'*interventus rei* ou la *coherentia contractus* (1). Il critique comme illogique, voire absurde, le système général des glossateurs qui fait du pacte le genre dont les contrats sont l'espèce. Ceux-ci sont toute autre chose que des pactes vêtus (2). Il n'est pas étonnant qu'il n'ait pas voulu voir dans le simple aveu, fût-il causé, une source d'obligation (3). Où est le *vestimentum*? Qu'il soit écrit ou prononcé oralement

(1) Jacques de Revigny, *Repetitiones super Cod.*, Bib. Nat., ms. lat. 4488 f° 301 r° col. 2 : *Sed ultimis duobis (vestimentis : re, contractus coherentia) vestitur pactum proprie s. quod ab initio natum fuit nudum, sed postea ex postfacto vestimentum accepit.* Auparavant, Jacques de Revigny a critiqué, l'opinion qui soutenait qu'aucun pacte ne pouvait être regardé comme nu, vêtu qu'il était, soit *verbis*, soit *consensu*.

(2) Jacques de Revigny, *l. c.*, note 1, *supra*, suite : *Videtur quod quatuor predictis modis (re, verbis, litteris, consensu) non possit dici pactum vestiri quod fuit nudum, sed illud quod nullo tempore fuit nudum non potest dici vestitum : ecce enim mutuum; ante numerationem nichil est nec pactum nudum nec pactum vestitum; re secuta et numeratione interveniente est perfectum nec potest dici vestitum [cum] nullo tempore nudum fuerit. idem in stipulatione, antequam precedit interrogatio et sequatur responsio, nichil est... interposita interrogatione et secuta responsione stat[im] est stipulatio perfecta, nec potest dici vestiri quia nullo tempore fuerit nuda...* A l'exception des contrats innommés et des pactes adjoints, tous les contrats classiques doivent être regardés comme des sources instantanées d'actions et non comme des pactes d'abord inefficaces et qu'un *vestimentum* rend aptes à engendrer une action.

(3) Jacques de Revigny, *Lectura super Cod.*, Bib. Nat., ms. lat. 14350 f° 404 v° col. 2 : *Queritur hic numquid confessio extra iudicium, adicta causa, prejudicet? Sed lex aliqua non est quae hoc dicat. Approbo tamen quod confessio, etiam sine scriptis, cum causa, extra iudicium prejudicet... confessio extra jus non inducit obligationem, sed probationem tantum... unde debet hoc allegari in libello : « confessus sum me debere extra jus ex causa tali »; certe, ista confessio non parit obligationem sed probationem tantum; unde iste libellus non valet... sed debet sic dicere : « dico contra te quod debes mihi X ex causa venditi, unde ago contra te ex vendito. » Unde vidi dubitare dominum meum : quidam confessus fuerat extra jus se debere 10 ex causa venditionis. Agebatur contra ipsum sic : « dico contra te quod ego vendidi tibi talem rem pro X, unde ago contra te ad illa X. » Actor ex vendito non poterat probare venditionem. Dicebant advocati quod intentaret (?) actionem ex confessione; certe, nullum erat consilium, quia ex confessione etiam cum causa extra iudicium, nulla oritur obligatio, sed tantum probatio.*

devant témoins, sa nature ne change pas (1). On ne peut, dans un libelle, agir *ex confessione*.

C'est seulement l'aveu judiciaire qui, par un privilège dont Jacques de Revigny ne donne pas la raison, est une source d'obligation; mais, étant créateur d'action, il n'est plus nécessaire qu'il fasse mention d'une cause (2).

Que devient dès lors la *confessio*? Elle est réduite au rôle de mode de preuve d'une obligation antérieure; mais toute sa force réside dans la mention de la cause (3). Peu importe qu'elle ait lieu devant témoins ou par écrit. Ce n'est que dans le cas d'une *confessio in extremis*, que Jacques de Revigny exige, semble-t-il, un *instrumentum*, que rien ne peut remplacer. Encore, suivant la doctrine commune, cet écrit ne fait-il pas preuve de la dette mais il constitue seulement un legs (4).

Cette doctrine très ferme dut s'atténuer en fait. Il est difficile de séparer la *confessio* écrite du contrat *litteris*. Jacques de Revigny ne propose pas de critère précis; l'insertion du mot *promillo*, qui, nous l'avons dit, est le signe auquel se reconnaît l'obligation d'après la *Lectura super Cod.*, n'est pas réclamée dans le Commentaire aux Institutes. Ce dernier même accorde un moyen de donner

(1) Jacques de Revigny, *l. c.*, *supra*, p. 113, n. 3: *Quaero, ergo, confessio sine scriptis, vestita presentia duorum testium parit obligationem?... Dico contrarium quia raro fit aliquid nisi in presentia duorum testium et sic raro fieret pactum nudum. Item certi sunt modi vestiendi pactum.. testibus non est de illis, ergo non est modus vestiendi pactum.*

(2) Jacques de Revigny, *l. c. supra*, p. 113, n. 3 : *Sed si in iudicio (facta sit confessio), inducet obligationem.. aliud privilegium confessionis in iudicio... prejudicat cum causa vel sine.*

(3) Jacques de Revigny, *l. c. supra* p. 113, n. 3 : *Dico quod, si scriptura non habet formam obligatoriam, non valet (ad probandum) sine causa.*

(4) Jacques de Revigny, *Lectura super Inst.*, Bib. Nat., ms. lat. 14350, f° 191 v° col. 1 : *Quid si testator scribat in instrumento : « confiteor me debere 10 Ticio ex causa mutui » ? Numquid habebit locum titulus, ut heres obligetur... Respondeo, sed distingo... si autem non juravit, tunc non debetur tanquam ex causa qua confessus est testator, sed tanquam legatum sit... non debetur nec ut debitum, nec ut legatum, nisi ostendatur instrumentum.*

un effet obligatoire au simple aveu causé fait devant témoins. Logiquement, celui-ci ne devrait être regardé que comme un simple mode de preuve, et c'est l'opinion très nette que suit la *Lectura super Cod.* N'est-il pas dur de dénier à une déclaration de dette toute force, sous prétexte qu'elle est orale, alors que, du seul fait de la rédaction d'un écrit, elle deviendrait créatrice d'action? Ce raisonnement se comprend assez facilement dans le système de la *Lectura super Inst.* qui distingue encore mal contrat *litteris* et *instrumentum mutui*. La vieille interprétation de la Glose a repris un instant ses droits (1).

De même, le serment adjoint à un aveu, *in ultima voluntate*, met une obligation à la charge des héritiers (2). Mais cette exception très étroite (3), ne fait que renforcer la règle d'après laquelle l'aveu, de lui-même, fût-il causé, n'est pas une source de dette.

Résumons-nous d'un mot. Jacques de Revigny supprime la cause des contrats unilatéraux formels. Il la laisse subsister seulement dans les actes probatoires.

(1) Jacques de Revigny, *l. c.*, *supra*, n. 3 : *Quid si quis confiteatur se mihi debere 10 ex causa mutui, coram testibus?... sine dubio de rigore juris non videtur quod aliqua nascatur obligatio, cum necessarie sunt littere, ut predixi, verum est tamen de equitate posset dici dari utilem conditionem ex lege in contractibus licet verba deficiant.*

(2) Jacques de Revigny, *Lectura super Cod.*, Bib. Nat., ms. lat. 14350, f° 290 r° col. 2 : *Ubi testator confessus est et juravit, standum est confessioni; nec admittitur probatio in contrarium... Et forte non esset idem in contractibus, quod confessio vallata sacramento non reciperet probationem contra se, vel posset dici quod idem esset in contractibus, quia arguendum est ab ultimis voluntatibus ad contractus et e contra.*

(3) Jacques de Revigny a toujours soutenu, contre les canonistes, que le serment n'était pas un moyen général de vêtir un pacte simple. Il ne peut donc être un moyen de rendre obligatoire un simple aveu : *Lectura super Inst.*, Bib. Nat., ms. lat. 14350, f° 165 r° col. 2 : *Quia si (juramentum) pareret actionem, totus mundus curreret ad juramentum interponendum.*

II. -- Les destinées du système de Jacques de Revigny

L'autorité de Jacques de Révigny fut telle que son système sur l'acte abstrait se retrouve presque complet chez ses disciples français et qu'il inspire plus d'une œuvre Bartoliste.

Cependant une opinion traditionnelle, que l'on relève dès l'époque de Bartole veut que son élève Pierre de Belleperche ait vivement critiqué sa doctrine sur l'*obligatio litteris* (1). Cette légende s'explique par une méprise sur la pensée de Jacques de Révigny. Il aurait soutenu, dit-on, que ce contrat n'engendrait pas *ab initio* une obligation pure et simple, mais seulement un lien de droit conditionnel : la numération des deniers serait regardée comme une condition suspensive. Pierre de Belleperche, au contraire, aurait affirmé que l'obligation *litteris* était parfaite dès sa naissance. Nous n'avons trouvé dans les œuvres du maître de l'école française aucune trace de la doctrine qu'on lui prête couramment. C'est pourquoi nous ne croyons pas à un insuccès radical de son enseignement. Seule, sa conception de l'obligation littérale, forme contractuelle générale, semble avoir passé inaperçue, sauf chez deux auteurs, Pierre de Belleperche, et plus tard Balde.

A priori, cependant, Pierre de Belleperche n'aurait pas dû accueillir favorablement la doctrine de son maître. Il critique les conceptions des *Doctores moderni* sur la nature de l'action et revient au système de la Glose (2).

(1) Voir Bartole, *Commentaria in Cod.*, 1, 18, 10. L'opposition entre Jacques de Revigny et Pierre de Belleperche est bien marquée par Angelus de Ubaldis, *Lectura super Cod.*, C., 4, 30, 13 : *Ja de Ra. (Jacobus de Ravennisi), dicit quod ante biennium nulla obligatio nata est neque civilis neque naturalis. Pe. de bel. (Petrus de Bellaperlica) et Guil. (Guilielmus de Cuneo) dicunt quod ante biennium est nata civilis et naturalis quia condicitur liberatio.*

(2) Pierre de Belleperche, *Super Institutiones*, 4, 6 § *superest, in fine* : (*Doctores Moderni*) *istud non probant, puta actio est vulgaris formula ver-*

De plus, il n'est pas sans avoir remarqué la contradiction entre le retour à la stipulation abstraite et la doctrine de l'équité (1), encore large chez Jacques de Révigny.

Aussi n'exclut-il pas radicalement la déclaration de la *causa* du libelle introductif d'instance dans un acte comme le constitut (2). L'influence de son maître fut néanmoins plus forte. Il n'est pas douteux qu'il ait pleinement admis que la stipulation abstraite était valable (3). Il établit, de plus, un parallèle entre cette forme et la *confessio litteris*, distinguant soigneusement l'écrit *ad probandum*, et l'écrit *ad obligandum* (4). Logiquement, ce dernier doit entraîner une action valide. On peut croire que Pierre de Belleperche va écarter résolument le jeu de l'*exc. n. num. pec.*, si aucun indice ne laisse soupçonner que le débiteur se soit engagé dans l'espoir de recevoir une somme d'argent : « *Ubi (quis) confiletur se debere et promittit se soluturum, valet (obligatio) et si conveniatur promittens non habet exc. n. num. pec* (5). » La séparation est absolue, entre l'obligation *litteris* et sa cause. Jacques de Révigny ne fut jamais aussi catégorique que son disci-

borum. Cf. Jean Faure, *In Institutiones commentarii*, IV, 6 : At *Pet. de Belleper.* (*Petrus de Bellapertica*) *tenet opinionem glosae*.

(1) V. par ex. *Super Institutiones*, 4, 6, pr. Cf. l'anecdote mentionnée dans le *Com. au Dig.*, et rapportée par F. Lajard, *Pierre de Belleperche*, *H^{re} littéraire de la France*, t. 25, p. 351 et s. Il ressort bien que la doctrine de notre auteur voulait qu'une action en justice s'appuyât sur l'équité.

(2) Pierre de Belleperche, *ibid.*, 4, 6, § 8 : *Dico contra te quod tu teneris mihi in decem ex causa tali. illa decem pacto nudo constituisti te mihi soluturum*.

(3) Pierre de Belleperche, *ibid.*, 3, 21, 2. Cf. *Commentaria ad Dig.* 44, 4 6, 2. Cf. Jean Faure, *In Institutiones commentarii*, 4 6, qui remarque que la doctrine de Pierre de Belleperche coïncide dans ses résultats avec celle de la glose.

(4) Pierre de Belleperche, *Super Institutiones* 3, 21 2 : *Duplex est scriptura : quaedam est scriptura ad probandum praecedentem obligationem et illam scripturam debet praecedere causa... Est alia scriptura quae est ad contrahendam novam obligationem et non oportet illam habere causam expressam : quia eo ipso quod fit, praesumitur causa*.

(5) Pierre de Belleperche, *ibid.*, 3, 21, 2.

ple. Celui-ci, pourtant, se garde de maintenir son intransigeance, et il fait un retour presque total à la conception des glossateurs. On doit toujours présumer, quels que soient les termes de l'obligation, que cette dernière a lieu *mutui causa*; l'*exc. n. num. pec.* sera donc toujours admise (1). Mais il ne suit pas que la cause doive être nécessairement indiquée dans l'*obligatio litteris* (2). Chose curieuse, notre auteur songe surtout à invoquer l'autorité de la Glose qui rapproche l'*obligatio litteris* et la *stipulatio* et prétend que la stipulation sans cause est valable, sous réserve de l'exception de dol (3). A-t-il voulu déguiser son emprunt aux *Doctores moderni*?

Quant à l'écrit probatoire, Pierre de Belleperche répète la doctrine courante sur la *confessio discreta* (4).

Ce sont les mêmes distinctions que nous relevons dans les œuvres d'un des plus tardifs docteurs français, Jean de Macon. Il admet la distinction tripartite de l'aveu : aveu *in judicio*, qui vaut en raison de la présence du juge, même s'il contient seulement des paroles énonciatives; aveu *extra jus* causé, qui entraîne une preuve valable; aveu *extra jus* non causé, qui ne fait pas preuve (5). Il met à part l'*obligatio litte-*

(1) Pierre de Belleperche, *ibid.*, 3, 21, 2 : *Sive dicat tantum confiteor me debere, sive dicat ultra... semper habebit exceptionem non num. pec.*

(2) Pierre de Belleperche, *Commentaria in Cod.*, 4, 30, 13 : *Breviter credo quod illa confessio proficit efficaciter ad obligandum, sine aliqua causa... Iste contractus licet non habet causam aliquam, sufficit ad obligationem efficacem producendam.*

(3) Pierre de Belleperche, *Commentaire au Dig.*, 44, 4, 2; *Commentaire au Code*, 4, 30, 13 : *Glosa dicit si stipuler sine causa, valet, tamen repellat per exceptionem.* Cf. la fin du passage. Cependant, Pierre de Belleperche admet que le libelle formé sur l'*actio ex stipulatu* ne doit pas, contrairement à la glose, contenir mention de la *causa debiti*.

(4) Pierre de Belleperche, *Commentaire au Code*, 4, 30, 13 : *Ex confessioe extra jus non potest dici obligatus... cum tantum ad probandum valet.*

(5) Jean de Macon, *Dictionnaire de droit*, Bib. Mazarine, ms. 1416, f° 299 v° col. 1 et 2 : *Ubi in judicio confiteor me debere X, significat dispositio quod per hoc obligor solvere licet a te non essem obligatus... Ratio quia hoc importat preceptum judicis de solvendo expressim et tacite... Ubi confiteor extra judicium me tibi debere X ex causa mutui; per hoc non significat dispositio-*

ris, qui est une forme valable *ipso facto*, car son fondement n'est pas dans la volonté des parties, mais dans la loi civile (1). Il y a dans cette conception une exagération de la doctrine de Jacques de Revigny sur la valeur de la loi civile. Pour la stipulation, Jean de Macon est moins net. En principe, elle vaudra, fût-elle non causée, mais il est possible qu'elle ait lieu en vue d'une cause précise. Dans ce dernier cas, le défaut de cause serait un obstacle à sa validité (2). Tel est le dernier écho de la pensée de Jacques de Revigny. Les autres auteurs l'ignorent, comme Pierre Jacobi, ou la critiquent, comme Jean Faure (3).

Ce serait une ironie de parler de la part qui revient aux Romanistes français dans la formation d'une doctrine que tous leurs efforts tendirent à diminuer. Mais on commettrait une erreur très grave, si l'on regardait la réaction des Ultramontains comme un accident négligeable, qui n'engage pas les destinées d'une institution. Pour avoir été courte, leur influence n'en a pas été moins féconde. L'œuvre critique de Jacques de Revigny lui a survécu. Avertis par Cinus des défauts de la Glose, les Bartolistes ont tenté d'améliorer les doctrines qu'ils répètent.

nem sed est tantum enuntiatio ex qua oritur sufficiens debiti probatio... Ubi extra iudicium confiteor me debere X non exprimendo ex causa mutui et hoc tantum est enuntiatio sed ex ea non infertur sufficiens probatio.

(1) Jean de Macon, *Commentaire aux Inst.*, Bib. Arsenal, ms. 695, f° 66 r° col. 1 : *Hodie per hanc questionem litterae seu figuram litterarum obligat, quia hic sine contractu, ex questione juris civilis inducatur obligatio.*

(2) Jean de Macon, *De regulis juris*, Bib. Mazarine, ms. 1416, f° 376 v° col. 2.

(3) Voir, par exemple, la critique de la conception de la stipulation sans cause, *In Institutiones commentarii*, 4, 6 (rapprochement de la *stipulatio* et de la *traditio*); et la critique du fondement de l'obligation *litteris*, *ibid.*; 3, 22. Pour Jean Faure, ce sont les *litterae* seules qui sont la *materia obligationis*, et non les *litterae cum consensu*.

CHAPITRE IV

LA GÉNÉRALISATION DE LA CAUSE FINALE A L'ÉPOQUE DES BARTOLISTES

Entre la Glose et Jacques de Revigny, Bartole et ses premiers disciples hésitèrent peu. Ils répudièrent les doctrines de l'école française. L'on vit revivre la théorie de la stipulation causée et la fausse conception d'un pseudo-contrat littéral, rivé à la seule hypothèse du *mutuum*. Mais, déjà, les critiques de l'école française ont donné leurs fruits. Le contrat littéral n'est plus confondu avec l'écrit probatoire. Les générations tardives des Bartolistes, groupées autour de Balde, arriveront à un système tempéré, où une large part est accordée aux théories de Jacques de Revigny. Qu'ils reviennent à la Glose ou qu'épris de logique ils se rallient aux idées de l'école française, nos auteurs n'inventent rien et l'on prendrait une peine inutile à rechercher dans quelle mesure leur pensée fut originale.

Leur œuvre propre fut d'approfondir les idées virtuellement contenues dans les œuvres de leurs devanciers et de les combiner en une construction éclectique, dont le point central, apparu surtout sous la plume de Balde, fut la notion de cause finale. A côté du système pratique de défense contre l'acte abstrait, création personnelle des glossateurs que renforceront nos auteurs, s'élabore,

à partir de la seconde moitié du ^{xiv}e siècle, avec des matériaux empruntés à la philosophie ambiante, une doctrine nouvelle. Indifférente à la nature du *negotium* (acte économique ou donation), avec lequel pratiquement s'identifie la cause, elle s'attache à analyser le rapport unissant cet acte à l'obligation nouvelle. La cause finit par apparaître comme une partie du consentement : elle est la fin que poursuit la volonté.

C'était établir la valeur logique et la nécessité de cette notion ; mais ces spéculations ne suffisent pas au juriste. Convenait-il qu'un juge eût, en toutes circonstances, un droit de regard sur cette cause ? Jacques de Revigny avait soustrait à cette investigation toute une catégorie d'actes juridiques, les actes formels. Il est possible que certains Bartolistes aient partagé la même conception ; en général ils préférèrent des systèmes intermédiaires, plus respectueux de la Glose. Mais de nouvelles pratiques commerciales, exigeant des formes rapides, poussèrent à sacrifier parfois cette recherche de la cause, si bien qu'en dépit des progrès de l'analyse juridique, les actes abstraits survécurent plus largement qu'au temps des glossateurs.

Sur un autre point, l'effort des Bartolistes devait demeurer infructueux jusqu'à la fin du ^{xv}e siècle. Bien qu'ils aient parfaitement compris la correspondance théorique des deux obligations, qui naissent des contrats synallagmatiques, ils n'ont pu, hors le cercle des dations et donations *ob causam*, faire jouer la théorie de la résolution pour défaut de cause. C'eût été s'élever contre la loi romaine, et non plus combler ses lacunes.

I. — La cause dans les actes unilatéraux.

Sur la nature exacte du lien qui rattachait l'acte unilatéral à sa cause, les explications de la Glose étaient pauvres. La nécessité d'exprimer une cause dérivait de règles procédurales; mais quel était le caractère véritable de cette notion ? La Glose l'appelait *causa velutior, antecedens*, sans montrer comment cet ordre apparent de succession était un véritable rapport de causalité. Ainsi la cause pouvait-elle paraître non seulement extérieure à l'obligation, ce qui reste vrai pour les Bartolistes, mais sans lien avec elle, ce qu'ils n'admettent plus. On sait que Jacques de Revigny avait affirmé cette indépendance, jugeant qu'une promesse où la cause n'était pas incluse, suffisait à fonder une action valable. Tout en revenant à des conceptions proches de la Glose, les Bartolistes durent faire la part large aux critiques de l'école française, et s'ils en triomphèrent définitivement; ce fut en s'appuyant sur une analyse plus approfondie de la relation qui unit l'acte unilatéral à sa cause. Seul, Balde devait réussir partiellement dans cette tentative.

* * *

Si les Bartolistes ne purent tous s'élever jusqu'à concevoir le rapport entre la stipulation et sa cause comme un rapport de finalité, du moins s'accordèrent-ils sur les conséquences pratiques de leur système. Ils renforcèrent les obstacles procéduraux accumulés par la Glose contre le contrat verbal abstrait.

Bartole, craignant qu'une cause purement fictive ne soit indiquée dans le libelle, exagère les précautions d'Accurse. La *causa debili* doit être non seulement nommée *in genere*, mais très exactement spécifiée. Il ne suffit pas d'écrire « *decem quae promisi ex*

venditione », il faut ajouter « *ex venditione talis rei* ».⁵(1) Il est maintenant acquis qu'un juge peut refuser, comme obscur, un libelle où la cause n'est pas exprimée; mais c'est une conquête des canonistes. De même, la citation envoyée au défendeur doit contenir mention de cette *causa* (2). Enfin, il n'est pas jusqu'à la preuve testimoniale où le juge n'ait reçu la mission d'interroger les témoins produits sur les circonstances des faits rapportés par eux. Bartole précise les règles qui s'imposent à lui dans cet examen, qui lui fixent des devoirs et limitent son arbitraire, tandis que la Glose en était restée à une conception très vague de l'*officium iudicis* (3). C'est un droit certain d'interroger à nouveau un témoin dont la déposition est obscure (4). Où s'arrête ce pouvoir ? Permet-il de contraindre un témoin à déposer sur la *causa debiti* ? Bartole est muet sur ce point. Balde seul arriva à faire rejeter comme inopérant un témoignage qui ne précise pas la cause de la stipulation qu'il relate. Mais le témoin ne sortait-il pas ainsi de son rôle qui est de constater les faits vus et entendus, non d'en donner la raison ? Balde, suivant Innocent IV, répondit que dans les actes juridiques qui ne tombent pas sous les sens comme la propriété ou l'obligation, il était normal d'exiger que le

(1) D'après Paul de Castro, *Praelectiones in Cod. C.*, 4, 30, 13 : *Dicitur Bar (Bartolus) quod non sufficit dicere confiteor me debitorem talis in tanta quantitate ex contractu emptionis, vel ex causa debiti, sed requiritur quod exprimat emptionem : puta de tali re... alias non esset specialis sed generalis. Cf. Angelus de Ubaldis, Lectura super Cod., C., 4, 30, 13 : Non autem sufficit causam in generali allegari.*

(2) Bartole, *Ritus iudiciorum* : *Item quod super quocumque negotio sit facienda citatio, quae contineat rem... causam petendi.*

(3) Bartole, *Tractatus testimoniorum* : *Princeps certam legem non tradidit, sed jus dicenti in haec verba rescripsit... le prince n'a pas mis l'appréciation du témoignage in sola iudicis potestate, sed ei quatuor consideranda injunxit... : circa ipsum dictum respectu ipsius testis et dicti... respectu habito ad circumstantias.*

(4) Bartole, *Quaestio* 14 § 8 : *Si pars testes produxit qui obscure deposuerunt datur facultas iudici ex suo officio dictos testes repetere, licet pars non petat.*

témoin dise la *ratio debendi*, de même qu'il serait appelé à nommer le titre d'où dérive la propriété (1).

Ainsi la stipulation abstraite ne saurait être judiciairement reconnue : il est du devoir d'un juge de s'opposer à sa validation. C'est en ce sens qu'un annotateur de Bartole a pu écrire : *causa expressa stipulationem validat*, c'est-à-dire l'expression de la cause confère à la stipulation une certaine valeur, qui permet à l'action d'être reçue en justice (2). Mais cette cause peut être fausse. Il appartient au défendeur de se prémunir contre les suites de l'action en opposant l'exception de dol (3).

*

Mais quelle est la nature du lien unissant la stipulation à sa cause ? Il ne semble pas que Bartole ait compris ce problème. Ou l'obligation née du contrat verbal apparaît comme la suite d'une affaire antérieurement conclue entre les mêmes parties, ou elle semble inspirée par une pure volonté libérale. Dans tous les cas où une cause antécédente n'est pas exprimée, y eût-il doute sur l'existence réelle de celle-ci, il semble qu'une donation puisse être présumée. Si une stipulation qui dérive d'une fausse cause peut parfois être valable, *a fortiori* doit-il en être de même, lorsqu'au-

(1) Balde, *Praelectiones in Cod. C.*, 4, 20, 3 § 10 : *Item interrogatur testis de causa finali : tamen hic distingue. Aut est talis causa finalis, qua circumscripta testimonium esset inutile: puta quia deponeret de stipulatione sine causa, tunc interrogatus debet adicere causam, que fuit in veritate... Si autem talis causa finalis non est de necessitate probationis, non est necesse quod eam reddat : verbi gratia, si testis deponens de venditione interrogatur ad quem finem vendidit, id est quid erat facturum de pretio, nam si dicit nescio : nihilominus probat ex quo interfuit contractui : quia nemo potest scire quid alius velit facere. Cf. les opinions de Bartole (*antiqua lectura*) et de Salycetus sur la même loi, qui rappellent la théorie d'Innocent IV sur le témoignage portant sur le *dominium*. Voir en général, Bartole, *Tractatus testimoniorum*.*

(2) Bartole, *Commentaria in Dig. D.*, 44, 4, 2 § 3, annotations de J. Concenatius (éd. Bale, 1562).

(3) Bartole, *ibid.*

cune cause n'est exprimée et que seule une incertitude pèse sur l'existence de celle-ci (1). Ce qui est uniquement discuté, c'est la question du caractère gratuit ou onéreux de la cause, et l'aptitude de la simple intention de donner à servir de cause à une stipulation. Mais nous ne voyons pas que Bartole ait cherché à déterminer la nature du rapport entre les *verba* et la cause; peut-être, cette indétermination est-elle la conséquence de l'attitude prise par notre auteur sur la définition de la cause : ou il entend cette notion dans un sens si large qu'elle englobe toutes les relations causales possibles (2), cause efficiente, finale, formelle, ou il l'entend assez étroitement pour assimiler la cause au *negotium* lui-même (3), n'indiquant qu'en termes très vagues le lien qui rattache celui-ci à l'obligation stipulée.

C'est Balde qui, le premier sans doute, parmi les juristes, songea à appliquer aux actes juridiques les procédés d'analyse par la recherche des causes que depuis longtemps les Sententiaires à la suite de Pierre Lombard, faisaient porter sur les actes religieux. C'est ainsi qu'il fut amené à regarder le *negotium*, comme la cause finale de la stipulation, tandis qu'il voyait sa cause formelle dans les *verba* et sa cause efficiente dans l'homme, c'est-à-dire dans la personne du promettant (4). Mais une objection très grave

(1) Bartole, *ibid.*, et *D.*, 22, 3, 25 : *Nota quod promissioni factae sine causa non statuitur. Quod intelligunt quidam in promissione simplici non continente stipulationem : alias illa promissio habere vim donationis.* Cf. Karsten, *op. cit.*, p. 170. Voir les réserves d'Angelus de Ubaldis, sur la doctrine de Bartole, *Lectura super Cod. C.*, 4, 30, 13. Il restreint la présomption de donation au cas où le promettant s'engage sachant qu'il n'est tenu à rien.

(2) Bartole, *Commentaria in Dig.*, *D.*, 35, 1, 17 § 2 : *Causa est animi impulsio a nobis expressa.*

(3) Bartole, *ibid.* : *Appellatur causa ille actus unde procedit suasio sive impulsio... (jurisconsultus) appellat causam id propter quod inducitur impulsio seu suasio.*

(4) Balde, *Praelectiones in Cod. C.*, 4, 20, 3. Cf. *Commentaria in Decretales, In proemio* : *Finis est principium considerationis et postremum perfectionis et operationis. efficiens ipse opifex sive artifex qui manibus et ingenio operat.*

se dressait. La cause finale est la première en dignité des causes : *fons omnium causarum*. Son absence ou son caractère erroné devraient entraîner la destruction totale de la stipulation : *cessante causa finali, cessat effectus*. Pourtant, la stipulation sans cause n'est pas radicalement nulle : *non existente causa, obstat exceptio doli*. Les paroles, c'est-à-dire la cause formelle, ont la force de créer une action. Comment expliquer cette singularité ? Balde se rassura en invoquant l'adage scolastique : *forma dat esse rei* ; il alla même jusqu'à soutenir l'opinion des Ultramontains français voyant dans les *verba* la source de deux obligations, l'une civile, l'autre naturelle (1). Mais il abandonna la théorie de Bartole sur la présomption de donation, dans les hypothèses de stipulation sans cause. Mieux vaut considérer cet acte comme entaché d'erreur : *nemo presumitur jactare suum* (2). Certaines circonstances, la qualité des personnes, la quotité des objets donnés, peuvent laisser croire que l'intention du stipulant fut de donner (3) ; la présomption d'erreur fléchira dans ces cas.

Ainsi l'analyse de Balde faisait rentrer le *negotium* en qualité de cause finale parmi les éléments de la stipulation.

* * *

De la conception d'une obligation *litteris* générale et abstraite, créant une action propre par la vertu de la seule forme écrite, il ne reste pas trace dans les écrits des Bartolistes, sauf, très incidemment, dans ceux de Balde. A l'imitation de la Glose, nos auteurs s'en tiennent à l'i-

(1) Balde, *Praelectiones in Cod. C.*, 1, 18, 10 : *Presupposita vera opinione quod stipulatio sit apta ad naturaliter obligandum*.

(2) Angelus Aretinus, *Lectura super Inst.*, 3, 21 : *In dubio presumitur errasse et ideo non valet, cum nemo presumitur jactare suum* ; Angelus de Ubaldis, *Lectura super Cod. C.*, 4, 30, 13 : *In dubio presumitur ignorantia*.

(3) Angelus Aretinus, *Lectura super Inst.* 3, 21 (suite) : *Nisi qualitas personarum et quantitas pecunie inducat presumptionem donationis*.

dée d'une promesse écrite obligatoire, à la seule condition qu'elle repose sur une cause; et, comme dans la Glose, en dépit d'expressions apparemment décisives, l'incertitude subsiste sur la nature de cet acte, moyen de preuve ou source d'obligation. Mais les critiques de Jacques de Revigny, en faisant ressortir le double rôle de l'écriture, si elles ne purent dissiper cette confusion inhérente à la doctrine bartoliste, ont conduit nos auteurs à des distinctions plus nettes que celles de la Glose.

Il est certain que dans de nombreux cas l'écrit n'a que la valeur d'un *instrumentum* probatoire. A moins d'une *dispositio* adjointe, il n'oblige pas. C'est même la règle, d'après les Bartolistes tardifs, comme Paul de Castro, qui ne connaît plus les hésitations de ses devanciers (1). Il est sans intérêt de rechercher le rôle que joue la cause dans ces actes, car l'interprétation de la loi romaine n'a pas varié depuis la Glose, seule la *cautio discreta* fait preuve de la cause qu'elle relate (2). Un demandeur qui appuiera sur elle son action triomphera, sous réserve de la preuve contraire toujours possible, mais soigneusement limitée. C'est ce fait qu'une action réussit, lorsque le créancier produit un écrit causé, qui a laissé croire que l'écrit engendrait une obligation, pourvu qu'il contint mention de la cause. Les Bartolistes, mis en garde contre cette illusion par les critiques de Jacques de Revigny, ne se laissent plus duper; c'est du *negotium* constaté et non de

(1) Paul de Castro, *Praelectiones in Cod. C.*, 4, 30, 13 : *Confessio debiti ex alia causa quam mutui vel dotis statim est efficax ad probandum*. C'est exceptionnellement lorsqu'une *dispositio* y est jointe (*dispositio annexa*) que l'aveu écrit peut entraîner une obligation. Cf. Angelus de Ubaldis, *Lectura super Cod. C.*, 4, 30, 13, qui exige des conditions assez strictes pour la validité de la *confessio ad obligandum*.

(2) Paul de Castro, *ibid.* : *Si causa non exprimeretur specialiter, confessio esset ipso jure nulla, tanquam indiscreta*.

la *confessio* écrite que naît l'action (1). Ainsi, la *confessio in testamento*, sert à constater un legs; l'exécution de l'obligation a lieu par l'action née du legs, indépendante en principe de toute cause : *falsa causa non vitiat legatum* (2); la *confessio inter vivos* peut prouver n'importe quel contrat.

*

Toute différente est l'*obligatio litteris*. Elle n'est plus l'aveu reconnaissant d'une dette ancienne, destiné à lui servir de preuve, elle est l'acte créateur d'une dette nouvelle : « *promissio* ». Bartole résume ainsi sa pensée : « *promissio facta ex certa causa de preterito et in scriptis est valida* (3) ». N'est-ce pas dire qu'elle est l'équivalent de la stipulation orale, et qu'en elle, la *causa* joue le rôle d'une cause finale? Ce serait exagéré. Bartole est très loin de la conception de Jacques de Reigny.

L'*obligatio litteris* est pour lui le *mutuum civile* de la Glose, c'est-à-dire un écrit créant très vraisemblablement *ab initio* une dette, sans qu'aucune numération de deniers ait lieu, mais dans l'espoir que cette numération aura lieu. Mieux que n'avait su le faire la Glose, pour laquelle l'*obligatio litteris* n'était restée qu'un pseudo-contrat, faute d'une sanction propre, Bartole, conscient du double rôle de l'écrit, a cherché à doter d'une action l'*obligatio litteris*. Laissons de côté les passages suspects du Com-

(1) Paul de Castro, *Praelectiones in Cod. C.*, 4, 30, 13 : *Confessio extrajudicialis non valet sine expressione causae obligationis. Nam si non esset obligatoria etiam cum expressione non teneret, ut si fuisti confessus te mihi teneri ex eo quod gessi negotia tua pro remuneratione : quia de jure non teneris.*

(2) Paul de Castro, *ibid.* : *In ultima voluntate quando quis confitetur se debitorem meum in centum, licet non diceret causam et licet ista confessio non probet debitum, valet tamen et inducit legatum.*

(3) Bartole, *Commentaria ad Cod. C.*, 4, 30, 13 (1^a lectura) : *Promissio facta ex certa causa de preterito et in scriptis est valida, nisi contrarium per aliam scripturam probetur.*

mentaire aux Institutes qui lèveraient tous les doutes. Il reste que d'après des additions à la Glose d'Accurse, Bartole aurait admis que la *condictio ex lege* pouvait être donnée, très généralement, c'est-à-dire dans tous les cas où une loi crée une obligation nouvelle sans la pourvoir d'une action spéciale (1). Le contrat *litteris* rentre dans cette catégorie.

S'il est sanctionné par une action générale, la cause y joue-t-elle encore un rôle? Nous savons que la Glose avait repoussé l'assimilation de l'action générale à l'action abstraite, la première dépendant d'une cause. Mais quel peut être le rôle de celle-ci? Pour Bartole qui reproduit la Glose, le contrat qui naît de l'écrit repose sur le droit civil seul : c'est l'arrivée de la cause finale, effective ou fictive (numération des deniers, écoulement du *bien-nium*) qui vient le compléter. Au lien civil dérivant de la *solemnitas litterarum*, s'ajoute un lien de droit naturel, basé sur la cause (2). La fonction de celle-ci est

(1) Gl. *lege nova*, D., 13, 2, 1. Cette glose énumère divers cas d'obligations introduites par une loi, sans que celle-ci dise l'action qui servira de sanction. Dans tous ces cas — qui ne comprennent pas la *litterarum obligatio* — la *condictio ex lege* est accordée. Une *additio* à la glose explique que la règle est générale : *Dic quod ista expositio* (c'est-à-dire l'énumération des cas où la *condictio ex lege* est accordée) *non est necessaria : quia textus semper loquitur*. Bar (Bartolus). Sal. (Salycetus) et Fulgo (Fulgosius). L'incertitude sur la sanction de l'*obligatio litteris* qui résultait de la Glose est levée pour l'époque de Bartole.

(2) Bartole, *Commentaria in Cod. C.*, 1, 18, 10 : *Dico glosam nostram dicere veritatem... Is naturaliter est obligatus qui jure gentium tenetur, postpositis praeceptis juris civilis... Sed si ego promitto tibi dare centum, spe future numerationis, credens quod tu mihi mutues, antequam mutues, cessat aequitas quare debebam tibi teneri naturaliter, ergo non teneor*. Bartole répond aux objections : 1° la numération des deniers n'est-elle pas comme une condition mise au contrat? Avant l'arrivée de cette condition, il n'y a nulle obligation (système des Ultramontains français) : *pure promittit, confidens de numeratione futura*. 2° Dès que le contrat a reçu sa forme, il engendre une double obligation civile et naturelle, encore que sa cause ne soit pas conforme au droit : *Licet tibi promittam pure incontinenti et hoc agitur cum. solemnitate civili, tibi teneor, tamen etiam istud agitur inter nos, s. si non accipero, vel si non mutuabis, non teneor, unde de aequitate naturali non teneor...*

donc de rendre ferme et incontestable le droit à l'exécution du contrat littéral. Comment comprendre que Balde, se ralliant à l'opinion de Pierre de Belleperche, puisse prétendre qu'aussitôt l'écrit passé, il naît de lui une obligation double à la fois naturelle et civile (1)? Les Dialecticiens français étaient fondés à soutenir un pareil système qui semble enlever tout intérêt à la cause, puisqu'ils concevaient l'*obligatio lilleris* comme un acte abstrait. Mais il est maladroit de combiner cette doctrine avec un fonds d'idées empruntées à la Glose, car la cause laisse l'impression d'une survivance inexplicable. Balde rappela l'exemple de la stipulation, qui engendrait *ab initio* un double lien juridique, eût-elle lieu *sub spe future numerationis* (2), et chercha à rendre compte par un *distinguo* subtil de l'existence de l'obligation naturelle. Celle-ci repose, dit-on, à la fois sur le consentement et la numération des deniers : tel est le cas dans le *mutuum* naturel. Mais il est une obligation naturelle qui dérive du seul consentement, peu importe que la *res* ait été livrée, c'est le cas dans le chirographe (3). Qu'on ne prétende

Consensio quod obliget solennitate civili, consentimus etiam invicem, quod non teneat in veritate, nisi numeratione secuta. Cf. Angelus Aretinus, *Super Inst.*, 3, 21 et Balde, *Praelectiones in Cod. C.*, 1, 18, 10, qui fait le rapprochement entre l'opinion de Bartole et celle de la Glose.

(1) Balde, *Praelectiones in Cod. C.*, 1, 18, 10 : *Quid dicemus, quamquam rationes pro parte gl (glosae). Item aliae rationes pro parte Jac. de Raven. (Jacobi de Ravennisi) multum urgeant, tamen a Petro (de Bellaperlica) non dissentio.* Antérieurement Balde a résumé cette opinion : *iste contractus litterarum a principio habet formam esse... ergo statim nascitur utraque obligatio... Adde quod quandoque res est causa voluntatis : ut in mutuo naturali; tunc ante rem non oritur obligatio... quandoque voluntas est causa rei : tunc ante rem causatur obligatio : ut dixi in chirographo.*

(2) Balde, *ibid.* : *Sicut se habet chirographum, sic se habet stipulatio spe future numerationis... Sed stipulatio spe future numerationis parit interim civilem et naturalem obligationem; licet obstet exceptio.* Cf. Angelus Aretinus, *Super Inst.*, 3, 21.

(3) Balde, *ibid.* : *Tu vero dic quod naturalis obligatio oritur dupliciter : nam quaedam est naturalis que oritur naturaliter ex consensu et re simul junctis : et ista oritur ex vero mutuo. Quedam est naturalis, que oritur natu-*

pas que cette interprétation, rattachant aux *verba* la naissance des deux obligations, ne laisse aucune utilité à la cause : il reste permis de critiquer le contrat, sinon pour défaut de cause, du moins pour erreur sur la cause (1). Le rapport entre la cause et l'obligation est donc théoriquement conçu comme moins étroit que dans la Glose.

Les besoins commerciaux devaient encore accentuer cette dissociation. Dans les *curiae mercatorum* italiennes, au *xiv^e* siècle, règne une procédure sommaire, où les présomptions remplacent les preuves trop longues à recevoir, et trop difficiles à administrer (2). Le pacte simple est traité comme une forme contractuelle régulière (3). Non seulement les livres des marchands font foi en justice contre leurs détenteurs ; mais leurs écritures sont présumées passées en présence des parties (4). Si l'inscription d'une dette sur les registres d'un commerçant n'est pas directement regardée comme une source propre d'obligation, elle est interprétée néanmoins comme un pacte valable, dont la cause est présumée : il est inutile d'apporter la preuve de celle-ci, et par suite sa mention perd toute signification (5). De même, dans le *constitut alieni debiti*, qui a supplanté la délégation, il est devenu superflu de mentionner l'ancienne obligation, comme la cause de la dette constituée : toute une série de présomptions

raliter ex consensu : tamen re inspecta que non intervenit, non potest dici quod non oritur naturalis. Dico ergo quod in chirographo est orta naturalis naturaliter inspecto consensu : sed non est naturalis orta naturaliter inspecto rei interventu.

(1) Balde signale un autre avantage de son interprétation, *ibid.*, suite : *Si contra chirographum sequatur sententia absolutoria, tenendo quod pareat solam civilem et quod sententia tollat civilem : esset in totum sublatum et annullatum chirographum ; tenendo aliam opinionem esset aliter.*

(2) Karsten, *op. cit.*, p. 228. Voir aussi : Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechtes*, I, (1874), p. 75.

(3) Bartole, *Commentaria ad Dig.*, D., 17, 1, 48. Balde, *Praelectiones in Cod.*, C., 4, 35, 10.

(4) Balde, *ibid.*, C., 3, 1, 9, n. 5, 6.

(5) Karsten, *op. cit.*, p. 232.

remplace cette mention. Pratiquement, l'opération consiste en un dépôt chez un banquier, converti en dette de prêt. Les créanciers du déposant, spécialement dénommés, peuvent s'adresser au banquier qui en les payant réalise un *constitutum debiti alieni* : la cause de ce constitut ne peut être trouvée que très indirectement dans le dépôt (1); en fait, elle perd toute importance. Parfois la cause n'est pas absolument éliminée; mais il suffit qu'elle soit exprimée dans des termes si généraux qu'il devient difficile de préciser le véritable but de l'obligation. C'est ce qui se présente lorsqu'à la suite d'un compte arrêté entre deux marchands, l'un d'eux demeure débiteur. Son adversaire, au dire de Balde, peut agir « *ex restauratione* », « *ex reslo et saldo rationis* » (2) : cette indication très vague tient lieu de cause. Il y eut bien des protestations contre cette pratique; Pierre de Ferrare jugeait qu'il était très insuffisant de s'en tenir à cette cause trop incertaine (3). Mais l'opinion opposée triompha.

II. — Actes synallagmatiques

Dans les actes unilatéraux, la cause finale est extérieure à l'obligation et variable à l'infini. Il fallut toute la finesse de l'analyse de Balde pour faire apparaître le lien qui reliait la cause à l'obligation. Dans les conventions synallagmatiques, au contraire, la coupure n'est plus possible entre les obligations et leurs causes. L'idée de cause finale peut donc y croître, comme dans un terrain privilégié. C'est là pourtant que son développement fut le plus lent,

(1) *Ibid.*, pp. 233, 236, 238. V. les textes, cités spécialement p. 236 n. 16 et 17, p. 238 n. 23 et 24.

(2) Balde, *Consilia*, I, 461, n. 1.

(3) Pierre de Femare, *Praxis aurea*, t. 36. gl. 2, n. 3 (cité d'après Kars-ten, *op. cit.*, p. 241, n. 32).

car des règles de droit positif interdisaient son application dans les contrats nommés, d'où la *condictio* en résolution fut toujours exclue. Il fallut ruser avec les textes qu'on ne pouvait heurter de front, faire participer le contrat nommé à la nature du *συνάλλαγμα* innommé, où la résolution jouait librement. Le résultat fut atteint par deux procédés, soit en imaginant une catégorie d'actes intermédiaires entre le contrat nommé et le contrat innommé (*donatio ob causam*), soit en modifiant l'essence du contrat nommé par l'adjonction d'un pacte (vente avec pacte adjoint) (1).

Grâce à ces expédients, la cause devint autre chose qu'une vue de l'esprit, sans portée pratique.

* * *

Il était unanimement admis à l'époque de la Glose que la non-exécution d'une charge, imposée comme cause finale à une donation, entraînait la résolution de celle-ci. On discutait seulement sur les critères offerts au juge pour déterminer s'il fallait regarder telle clause comme une condition, un mode, une cause finale ou un motif.

Au *xiv^e* siècle, la même antithèse entre le principe incontesté et ses applications discutées subsista. Bartole critiqua et rejeta les distinctions toutes formelles inventées par Accurse pour sortir d'embarras (2). C'est à l'intention des contractants, qu'il faut, d'après lui, juger si une modalité doit être dite condition, ou cause, non à l'emploi de telle conjonction. Souvent la condition est

• (1) Sur toutes ces questions, voir G. Boyer, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, *op. cit.*, p. 303-328, dont nous nous sommes constamment inspirés. Cf. sur l'importance de la cause finale, comme explication de l'*exceptio non adimpleti contractus*, Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution*, *op. cit.*, p. 43.

(2) Bartole, *Commentaria in Dig. D.*, 17, 2, 76, et *ad Cod. C.*, 6, 45, 1. Sur ces textes, v. Boyer, *op. cit.*, p. 306, n. 33.

exprimée par une tournure autre que la conjonction *si*. Il reste pourtant que le critère de la Glose, si insuffisant qu'il soit en théorie, peut être utile : dans quelques hypothèses le motif (*causa*) exprimé par *quia*, est toujours indifférent; est-il exprimé conditionnellement, son inexistence ne sera pas sans influence sur le sort de l'acte. La conjonction *si*, commandant la tournure dans laquelle s'exprime la cause, donne à celle-ci sinon la nature, au moins l'apparence de la condition : sa non-réalisation est traitée comme la non-réalisation de la condition. Mais, cette hypothèse à part, l'emploi de certaines tournures, *si*, *ut*, *quia*, doit être regardé comme un simple indice, laissant supposer une volonté soumise à une condition ou dirigée vers un but, et c'est l'analyse de l'intention qui décidera (1). Ainsi le *modus* sera parfois assimilé à la cause finale, sous le nom de *modus finalis*, lorsque le contrat auquel il est apposé est exceptionnellement résolu par suite de son inexécution, car la donation ou le legs avaient été faits en vue de sa réalisation (2).

La distinction entre la cause, le mode et la condition, fondée sur l'analyse de la volonté devait apparaître plus fortement marquée qu'à l'époque des glossateurs. En particulier, il y eut opposition totale entre la cause et la condition : tandis que la première se rapportait à un acte passé ou imminent, la seconde visait un acte futur (3).

(1) Bartole, *Commentaria ad Dig. D.*, 35, 1, 17 § 2 : *Falsa causa non viliat legatum, nisi conditionnaliter sit expressum*. En principe, on ne doit pas s'arrêter à la tournure, mais on doit regarder la qualité de l'intention. V. par exemple, *Commentaria ad Dig. D.*, 39, 5, 2 § Titio : *Aut ergo causa apponitur per modum conditionis et non est dubium quod conditio est causa finalis... quandoque sumitur pro modo... ut in omnibus contractibus innominatis, do ut facias, ubi modus assumitur pro causa*.

(2) Bartole, *Commentaria ad Dig. D.*, 35, 1, 40 § fin : *Modus impulsivus et modus finalis*. Cf. *D.*, 39, 5, 2 : *Modus respicit causam favorabilem et piam et praesumitur finalis*.

(3) Bartole, *Commentaria ad Dig. D.*, 35, 1, 17 § 2 : *Causa est quid preteritum vel instans, hoc dico ad differentiam conditionis quae est de futuro, causa semper est de praeterito... Item ad differentiam modi qui similiter est de futuro*.

Bartole creusa entre elles un fossé que rien ne put combler, si bien qu'il devint impossible d'expliquer le jeu de la résolution pour défaut d'accomplissement de la cause, en l'assimilant à l'absence d'action efficace, en cas de défaillance de la condition. C'eût été cependant un moyen simple d'obvier à une difficulté capitale. Bartole ne songea guère à recourir à cette interprétation, que pour soutenir son argumentation sur la célèbre loi *Cum mola* (1); il n'y vit pas un procédé susceptible de couper court à la controverse sur l'absence de *condictio ab causam* dans les contrats nommés.

En effet, une règle traditionnellement admise depuis la Glose, excluait la *condictio* du cadre de ces contrats (2). Plusieurs auteurs imaginèrent de soustraire la donation à la catégorie des conventions nommées, afin que la résolution pour défaut de cause pût y jouer librement. Jacques Butrigarius n'hésitait pas à l'assimiler au contrat innommé, *quia stat in nomine generis* (3). C'était le renversement de l'opinion de la Glose, qui y voyait un contrat innommé devenu nommé. Cette assimilation complète était discutable : le contrat innommé se forme *re*, la donation *solo consensu*. On répondit aisément à cette objection, en distinguant la promesse de donner par échange de volontés, de la véritable donation qui implique une tradition (4). La difficulté disparaissait même

(1) Bartole, *Commentaria ad Cod. C.*, 2, 4, 6.

(2) Bartole, *Commentaria ad Cod. C.*, 4, 54, 6 : *In contractibus nominatis non est locus conditioni ob causam*. V. aussi, *Commentaria in Dig. D.*, 39, 5, 1 que nous étudions plus loin.

(3) D'après Paul de Castro *In Dig. Praelectiones, D.*, 12, 4, 16 qui rapporte les trois opinions principales citées au texte (glose, Jacques Butrigarius, Bartole). Cf. Karsten, *op. cit.*, p. 166 et surtout, Boyer, *op. cit.*, p. 321 et s.

(4) Paul de Castro, l. c. : *Item solo consensu non contrahitur donatio sed conventio de dando et non dicitur donatio nisi interveniat datio et sic traditio cum dicatur doni datio*. C'était l'opinion de Guillaume de Cunéo. Bartole, *Commentaria in Dig. D.*, 2, 14, 7 : *Etiā hodie pactum nudum donationis non parit actionem, nisi quando datur res vel quantitas*.

au cas de donation avec charge : la Glose ne l'avait-elle pas, elle-même, rapprochée de la *datio ob causam*? Un danger subsistait : la convention innommée est librement résiliable par volonté unilatérale, tant qu'il n'y a pas eu exécution d'une prestation par l'autre partie. Or la *pœnilentia* est exclue formellement de toute donation.

Bartole prit le parti de regarder la donation comme un contrat nommé (1). Mais, tandis que la donation simple rentrait dans la catégorie des actes nommés, la donation à cause de mort ou avec charge, n'est plus, à parler strictement, une véritable donation. C'est un acte mixte composé d'un contrat nommé et d'un contrat innommé : « *permistus contractus nominatus cum innominato* (2) ». Sa nature de contrat nommé le fait échapper à la *condictio ex pœnilentia*, mais par suite de son caractère d'acte innommé, il reste soumis à la résolution pour défaillance de la cause, par application de la *condictio*. C'est une double dérogation au régime ordinaire du contrat nommé : la résolution n'y joue que si elle a été stipulée en vertu d'une *lex commissoria* expresse, et elle s'exerce par l'action née du contrat. La nature mixte de la donation *ob causam* donne ouverture de plein droit à l'action résolutoire ; et de plus, la donation est un acte unilatéral, elle n'engendre aucune action au profit du donateur. Quand il a livré la chose, celui-ci n'a aucun droit qui lui vienne de la convention, afin d'obtenir la résolution de l'acte, quelle que soit la conduite du donataire. Supposer un

(1) Paul de Castro, *In Dig. Praelectiones*, D., 12, 4, 16 : *Opinio Bart (Bartoli) quod olim et hodie sit contractus nominatus et habet nomen elegans et speciale, quod non convenit nisi donationi simplici.*

(2) Bartole, *Commentaria in Dig. D.*, 12, 4, 16 : *Quandoque est permistus contractus nominatus cum innominato... Aliud exemplum : dono ut aliquid facias vel ut aliquid des... Et breviter ubicumque contractus nominatus celebratur ob aliquam causam extrinsecam extra substantiam ipsius contractus, potest dici contractus permistus... illud quod devenit in pacto fuit causa finalis ob quam devenit ad contractum, et ea cessante potest agi condictio ob causam.*

pacte tacite de résolution, en cas d'inexécution de la charge, est une explication insuffisante de la résolution, car ce pacte ne pourrait *informer* une action venant du contrat, puisqu'il n'en naît aucune au profit du donateur. Il est donc nécessaire de recourir à une action subsidiaire, la *condictio ob causam* (1). C'était accentuer le caractère de συναλλαγμα de la donation avec charges.

* * *

Il n'échappa pas non plus aux Bartolistes que les contrats nommés ordinaires auraient dû logiquement être résolus pour défaut de cause finale. Bartole et Balde ont très nettement compris que, dans la vente, l'obligation d'une des parties, ou mieux l'exécution de cette obligation, le paiement du prix, par exemple, était la cause finale de l'obligation de l'autre partie (2). Cette affirmation si nette allait-elle rester sans portée pratique? On se rappelle que plusieurs glossateurs, dont Azo, refusaient d'admettre le jeu de la *condictio ob causam* dans un acte nommé, fût-ce au cas où le contrat avait eu lieu en vue d'une cause finale bien déterminée, comme dans la célèbre loi, *Cum te* (3). Une glose signée *Accur* (Accursius)

(1) Bartole, *Commentaria in Dig. D.*, 12, 4, 16 : *In contractu donationis condictio ob causam bene habet locum, si causa, ob quam datur, non est secuta... sed ex poenitentia non habet locum condictio ob causam ad revocandum id in quo est donatio... Quae sit ratio specialitatis in donatione? Respon. in aliis, contractibus nominatis ex pacto incontinenti appposito, ut aliquid detur vel fiat, informatur actio descendens ex eo contractu... ideo cum ad hoc compelat actio ex contractu nominato, non habet locum condictio ob causam, sed agitur actione ex eo contractu : sed in donatione, hoc non est : dono tibi librum, ut solvas creditoribus meis, donatio fit pro te et ad tui commodum : non poterit informari, ut pariat actionem mihi... et sic cum actione ex eo contractu non possit agi, habet locum condictio ob causam.*

(2) Bartole, *Commentaria ad Cod.*, C., 1, 18, 10 : *In contractu emptionis et venditionis non contrahitur obligatio principaliter spe futurae traditionis ita quod ista sit causa proxima obligationis, sed spe obligationis correlativae ideo enim (?) promitto tibi pretium, quia promittis mihi rem et ideo obligor tibi, quia obligaris mihi et ista est causa proxima obligationis, et ideo una sublata non nasceretur alia.*

(3) C., 4, 54, 6.

semble admettre la même solution (1); mais le *casus* sur la loi (2) considère l'opération décrite par celle-ci comme un contrat innommé du type : *do ul des*. Pour mettre fin à cette contradiction, Bartole recourut à un système mixte conciliant la glose *perficiet* et le *casus* sur la même loi. Il ne dissimule pas que pour lui la résolution doit être poursuivie par la *condictio ob causam, cessante causa finali*. C'est qu'en effet la vente ne doit pas être regardée comme toute simple, mais comme un contrat auquel est joint un pacte, qui impose à l'acheteur certaines obligations (3). Si l'espoir d'obtenir ces avantages, promis en dehors du contrat, a déterminé le vendeur à s'engager et à livrer l'objet dû, il doit être regardé comme la véritable cause finale de la vente; le vendeur est-il déçu dans ses espérances, il pourra exercer la *condictio* en résolution.

Mais, le plus souvent, l'attente légitime du vendeur n'est pas l'exécution d'une convention adjointe au contrat; c'est uniquement le paiement du prix. A fortiori, le non-paiement de ce prix, doit donner lieu à résolution de la vente (4). Cette déduction conduisait à rejeter le principe suivant lequel les contrats nommés ne pouvaient pas être résolus pour défaut de cause finale. Aussi, pour expliquer l'exception apparente à cette règle, Bartole s'efforça de lui trouver une justification dans le caractère de l'opération décrite par la loi *Cum te*. Le pacte adjoint transforme la nature du contrat nommé, lorsqu'il est la

(1) *Ibid.*, gl. *perficiet*.

(2) *Ibid.*, gl. *cum te*.

(3) Bartole, *Commentaria in Dig. D.*, 12, 4, 16 : *Aut in contractibus nominatis non impletur illud, quod erat faciendum ex forma contractus et tunc non potest rescindi contractus... Aut non adimpletur pactum appositum juxta contractum : et tunc aut illud pactum erat causa finalis, ut quia alias non erat contracturus et tunc rescinditur contractus.*

(4) *Ibid.* : *Sed quare magis rescinditur contractus, quando non adimpletur pactum appositum juxta venditionem, quam si non solvatur pretium; non video : imo magis videtur contrarium : quia magis est causa finalis solutio pretii, quam pactum appositum juxta eam.*

partie essentielle de l'accord. C'est pourquoi la résolution ne touche qu'à des actes mixtes, plus proches du contrat innommé que de la vente; et c'est dans la mesure où un acte nommé participe aux caractères du συνάλλαγμα innommé, donc perd sa nature propre, qu'il peut être soumis à une résolution pour défaut de cause finale (1). Le pur contrat nommé n'est donc jamais résoluble, sauf s'il contient un pacte commissoire spécial. La loi romaine est sauve.

*

On voit comment l'orientation que donnèrent à notre théorie Bartole et Balde, les mit sur la voie d'une conception générale de la cause. Un scrupule d'exégète les arrêta : le domaine des conventions nommées resta interdit à notre doctrine. Mais dans toutes les autres obligations, elle s'épanouit librement, sous le nom de cause finale, bien distincte du motif.

(1) *Ibid.*, suite : *Ideo credo aliter dicendum: quia aut illud pactum faci (venditionem) transire in naturam contractus innominati: ut quando vendebam tibi codicem ut tu dares mihi decem et Digestum tuum (permutatio)... tunc potest rescindi contractus. Aut non facit transire in naturam contractus innominati: quia minus valet quod continetur in pacto quam contineat pretium tunc non rescinditur contractus.* Parfois cette explication est écourtée et Bartole arrive à dire que l'absence de cause finale dans les contrats nommés entraîne résolution de ceux-ci. *Commentaria ad Dig. D.*, 39, 5, 1 : *Possum dicere quod conditio ob causam habet locum in contractibus nominatis, quando illa causa fuit finalis, quae deficit et propter eam contractus factus fuit.*

SECTION DEUXIÈME

La cause dans les doctrines des Canonistes

C'est à la technique romaine que le droit canonique emprunta la théorie de la cause dans la première moitié du **xiii^e** siècle. Mais s'il puisa à une source étrangère, il fut loin de copier les détails de sa réglementation et d'en adopter l'esprit.

Avant de se rallier au système des Romanistes, où il trouvait la réponse aux difficultés pratiques rencontrées par la jurisprudence ecclésiastique, le droit canonique s'était inspiré d'une doctrine morale, contenue en germe dans les écrits des Pères de l'Eglise. Ces derniers mettaient en garde contre les précipitations dangereuses, et conseillaient même l'inexécution de préférence à l'accomplissement d'une promesse fautive. Les Canonistes obtenaient ainsi, quoique sur une base autre, une partie des effets que les Romanistes tiraient de la nullité des engagements pour cause illicite ou honteuse. Conçue comme un véritable devoir, cette faculté de ne pas exécuter une convention qui conduisait au péché dut paraître trop large : aussi son application fut-elle restreinte aux actes extra-séculiers comme le vœu. Dans les conventions courantes, les solutions romaines prévalurent ; le lien obligatoire ne put être relâché qu'à la suite d'une procédure régulière et dans l'un des cas de nullité prévus par la loi civile.

Cette protection des contractants fut renforcée par l'in-

troduction de la notion de cause, consacrée par une Décrétale de Grégoire IX; ainsi furent prohibés les accords suspects ou simplement douteux, c'est-à-dire ceux dont le juge apercevait mal le but. Transposée dans un milieu qui n'était plus romain, cette idée prit des caractères si nouveaux qu'elle pouvait presque passer pour une découverte du droit canonique. La cause n'avait été dans le pur système romaniste qu'un correctif à l'acte formel ou un élément d'un acte probatoire. Elle devint chez les canonistes, à la fin du ^{xiii}e siècle et surtout au ^{xiv}e siècle, le véritable fondement du pacte simple déclaré obligatoire. Cette extension inouïe, cependant, ne fit pas disparaître l'acte abstrait qui survécut dans la forme du serment; mais, grâce aux principes d'interprétation qui tenaient à sa nature d'institution religieuse, celui-ci ne put devenir un moyen de fraude (1).

Tel est le double rôle que joua le droit canonique dans l'histoire de notre théorie. Il admit sans réserve que les parties seraient, *de plano*, déliées de leurs promesses, lorsque celles-ci seraient inspirées par un but immoral. Avec la théorie strictement juridique qu'il reçut des Romanistes, il consolida sa conception du pacte obligatoire.

Quelle fut l'influence des idées morales sur les Canonistes ? Comment la tradition léguée par les Romanistes fut-elle acceptée par eux ? Quelles transformations subit-elle chez eux ?

(1) Esmein, *Le serment promissoire dans le droit canonique*, N. R. H., 1888, p. 252 et s. Voir G. Le Bras dans Capitant, *De la cause des obligations*, op. cit., p. 138, note 1.

CHAPITRE I

LA CAUSE ILLICITE. DEVOIR D'INEXECUTION ET SANCTION PENALE

Pour les moralistes étrangers aux préoccupations juridiques, la question de la cause devait se confondre avec un problème plus général : l'appréciation des actions humaines d'après leurs fins. Une promesse dont le but est illicite, constitue-t-elle une faute ? Quelles peines lui appliquer ? Il s'agit uniquement pour nos auteurs de punir un péché ; la validité civile de l'engagement qui lui a donné naissance n'est pas en jeu. Les deux sujets sont radicalement distincts ; l'un intéresse la discipline ecclésiastique, l'autre le droit privé contractuel. Mais de la solution que recevra le premier, découlera celle qui sera donnée au second. Dire qu'un serment, dont le but est illicite, est un parjure, c'est évidemment sous-entendre qu'il n'y a aucune obligation de le tenir ; mieux, c'est un véritable devoir, sans aucune procédure préalable, de refuser de conserver la foi engagée, lorsqu'elle tourne au détriment de l'âme.

Ce résultat concorde en apparence avec la nullité romaine pour cause illicite. Il en diffère, cependant, en ce qu'il fait appel au repentir de l'homme qui, de lui-même, doit cesser tout acte coupable. Ce dédit n'a d'analogue que dans le droit de rupture reconnu à chaque partie dans un engagement bilatéral, en vertu de l'adage : *frangenti*

fidem, fides non est servanda (1). Mais il est infiniment plus dangereux que celui-ci. Que de prétextes une conscience habile n'inventera-t-elle pas pour échapper à ses obligations(2)! Car le caractère illicite d'un acte dépend de l'intention de son auteur : on peut toujours se découvrir une pensée coupable, et, fort d'elle, refuser de tenir sa promesse. Aussi, malgré l'autorité de quelques Décrétistes, le système du dédit ne fut-il pas généralisé. La plupart des auteurs le restreignirent aux actes comme le vœu ou le serment, où Dieu est le véritable créancier. A son égard la fraude n'est pas possible, puisqu'il pénètre nos plus secrètes pensées. De plus, en dépit du manquement à la foi jurée, Dieu obtient satisfaction. L'auteur du vœu coupable en effet, doit, non seulement s'amender en faisant pénitence, mais, revenu à une meilleure disposition d'esprit, s'engager à nouveau vis-à-vis de Dieu. La même solution ne peut être étendue au commerce humain; comment un créancier pourrait-il accepter qu'un débiteur remplace à sa guise une prestation reconnue illicite par l'offre d'une autre prestation ?

I.— La doctrine des moralistes

D'après les moralistes ecclésiastiques, la valeur d'un acte humain se mesure à sa cause finale. Indifférentes en elles, la plupart de nos actions ne deviennent bonnes ou mauvaises que suivant la fin que nous cherchons. L'intention seule fait le mérite (3). Même au regard de

(1) G. Boyer, *op. cit.*, p. 212 et s.

(2) Voir dans Pierre Damien (*Opuscula*, dans Migne, *Patr. Lat.* t. 145; p. 674) l'exemple d'Atton, avocat, qui ayant promis de se retirer dans un monastère, prétendait avoir prêté sa foi *impie*.

(3) Richard de St-Victor, *De eruditione hominis interioris* (Migne, *Pat. lat.*, t. 196) : *Quidquid homo agat, eliamsi bonum sit, inutile tamen erit, nisi bona intentione fiat*. Voir déjà, Sait Augustin, *Contra mendacium*, 1, 17 § 18; Abélard, *Ethica*, ch. 7 (Migne, *Pat. lat.*, t. 178) : *Opera in se indiffe-*

Dieu, l'œuvre n'ajoute rien à la disposition d'esprit, et si elle vient à manquer par suite d'un obstacle fortuit, la valeur de l'acte n'en sera pas diminuée. *Opus reputatur pro facto*, dit-on pour le vœu resté à l'état de simple projet. Est-elle accomplie d'une manière défectueuse, l'œuvre n'est pas radicalement viciée. Un prêtre se trompe en prononçant la formule du baptême, il n'en confère pas moins un sacrement valable, si son intention est restée pure; le rite est pourtant de l'essence de l'acte, mais la rectitude de la croyance supplée au défaut de la forme (1). La foi importe plus que la cérémonie, la volonté prévaut sur le formalisme.

Comment tirer de cette vaste téléologie des règles immédiatement applicables aux actes juridiques? Il semble que les efforts des moralistes aient dû se borner à la définition des principes réglant les actions humaines et mesurant leur valeur à l'égard de Dieu, hors du domaine du droit humain. On comprend qu'ils n'aient considéré que l'intention pure, c'est-à-dire le côté spirituel de nos actes puisque Dieu scrute les cœurs. Mais il est des espèces juridiques qui touchent de trop près à la morale ou participent trop de la religion, pour que des moralistes ecclésiastiques aient pu s'en désintéresser. Telles sont les simples promesses dont l'exécution est traditionnellement regardée comme un devoir d'honnêteté (2), les engagements

rentia, nec nisi pro intentione agentis bona vel mala dicenda sunt; Pierre Lombard, *Sententiae*, 2, 39 : *De differentia voluntatis, intentionis et finis*. La même doctrine était déjà exprimée par Alcuin, *Dialectica, de topicis*, ch. 17 : *Si causa turpis videatur, res quoque inhonesta videatur*.

(1) Alger de Liège. *De sacramento*, 3, 13 (Migne, *Pat. Lat.*, t. 180) : (*Domini*) *qui in omni negotio magis examinat non quid, sed qua intentione vel fide fiat... Deus interrogat verae fidei radicem, non locutionis florem*. Pierre Lombard, *Sententiae*, 4, 3 : (*In baptismo*) *accedit verbum ad elementum...* 4, 6 : *Si baptismus fit verbis corrupte prolatis* (baptême valable, à moins que l'intention n'ait été d'introduire une hérésie).

(2) Spies, *op. cit.*, p. 25 et s.

de nature religieuse comme le vœu et le serment, des actes mixtes, à la fois sacrements et contrats comme le mariage.

Appeler l'attention des contractants sur la gravité de toute promesse, leur conseiller même de ne pas exécuter leurs engagements, lorsque l'accomplissement de ceux-ci doit les amener à des actes coupables, rechercher, enfin, comment ce devoir d'inexécution se concilie avec le respect dû à la foi donnée, tels furent les divers points sur lesquels les moralistes eurent à se prononcer.

Avant tout, nos auteurs redoutent les promesses inconsidérées. Que le fidèle hésite à s'engager ! Un contrat est un lien qui pèse toujours ; pourquoi s'exposer inutilement au péché ? Comme pour échapper au parjure, il est prudent de ne recourir qu'exceptionnellement au serment (1), de même afin d'éviter le mensonge qui naît de l'inexécution d'un contrat, il est bon de s'abstenir de toute parole qui puisse engager à la légère. Les auteurs songèrent surtout au serment et au vœu, promesses faciles pour les mauvais chrétiens, Dieu n'en pouvant demander compte en ce monde. Déjà St Jérôme recommande d'être lent à promettre ; il rappelle la parole de l'Ecclésiaste : *Noli festinare in ore tuo... debent verba nostra esse moderata* (2). Songeons que Dieu connaît nos pensées les plus intimes, que toute parole qui nous échappe lui parvient (3) et qu'à son égard, en dépit des distinctions de la loi civile, il n'y a aucune différence entre la rupture d'un serment et l'oubli de la parole. Isidore de Séville répète le conseil

(1) Isidore de Séville, *Synonymes*, II, 56 : *Periculosum est enim jurare, assiduitas jurandi perjurii consuetudinem facit*. Isidore ne fait que reprendre une pensée de saint Augustin. (*De Mendaciis*, ch. 15).

(2) Saint Jérôme, *Commentarius in Ecclesiastem*, ch. 5 (Migne, *Pat. lat.* t. 23) : *Noli festinare in ore tuo et cor tuum non festinet ad proferendum verbum... Sciamus imbecillitatem nostram... ideo debere verba nostra esse moderata*.

(3) Saint Jérôme, *ibid.* : *Non enim in ventum dicta transeunt, sed... statim perferuntur ad Dominum*.

« *non sis in verbis facilis* (1) ». Plus tard, Pierre Cantor comptera au nombre des vices du langage les mots imprudents, *incauta loquacitas* (2).

Ce devoir de prudence est déjà une protection, toute morale il est vrai, contre les dangers suscités par le défaut de formes contractuelles, mais il demeure purement négatif. Aussi une vertu plus active doit elle le compléter. C'est celle que St Grégoire reconnaît à l'homme *discretus*, c'est-à-dire, au sens strict, à celui qui sait distinguer dans les termes d'une convention ceux qui peuvent entraîner au péché (3). La *discretio* commande d'abandonner tout projet coupable. Oblige-t-elle à se dédire, lorsque le contrat est accordé? L'affirmative est soutenue par Isidore de Séville, dans une formule qui fit fortune « *in malis promissis rescinde fidem* (4) ». L'oubli de la foi est préférable à la réalisation d'un dessein mauvais. Si l'on est engagé envers Dieu, il convient de réparer sa témérité, non seulement en renonçant à son vœu, mais en formant une résolution meilleure; ainsi le débiteur sera pleinement quitte envers son créancier, que le changement d'intention aura satisfait (5). Alger de Liège explique les raisons de cette rupture opportune de la foi par les principes d'interprétation modérée, qu'il s'efforce de dégager au *Liber de misericordia et iustitia*; pour appliquer

(1) Isidore de Séville, *Synonymes*, II, 18 (Migne, *Pat. Lat.*, t. 83).

(2) Petrus Cantor, *Verbum abbreviatum*, ch. 64. (Migne, *Pat. lat.*, t. 205) : *Malae autem loquacitatis... quatuor sunt causae... incauta loquacitas.*

(3) Saint Grégoire, *In primum regum dispositiones*, lib. 5, § 57 (Migne, *Pat. lat.*, t. 79) : *Cauti scilicet et discreti esse debeamus. Cauti quidem ne juremus, discreti si agere perversa juramus... Praetermittenda sunt proposita, non implenda. Sic, quippe a proposito desistere non est vitium levitatis, sed virtus discretionis.*

(4) Isidore de Séville, *Synonymes*, II, 58 (Migne, *Pat. lat.*, t. 83) rapporté au Décret, C. 22, q. 4, c. 5.

(5) Isidore de Séville, *ibid.* : *In turpi voto muta decretum.* Cf. Décret, C. 22, q. 4, c. 16 : *Si aliquid forte incautius nos jurasse contigerit quod observatum pejorem vergat in exitum, illud consilio salubriori mutandum noverimus.*

les préceptes religieux, on doit tenir compte des circonstances. Ainsi seront tolérées la vanité, la luxure; ainsi sera admis le parjure, par crainte d'un mal pire (1).

C'est au canoniste qu'il appartient de fixer la mesure dans laquelle il convient d'autoriser ces manquements à la foi, en comparant la gravité respective des fautes naissant soit de l'inexécution, soit de l'accomplissement d'une promesse dont le but est immoral. Mais le moraliste lui proposera des critères. La comparaison des fautes pouvait laisser un doute; suivant les cas, l'inexécution aurait dû être permise ou refusée. Il devenait difficile de formuler une règle. Aussi un système précis, qui coupe court à toute difficulté, semble l'avoir emporté. Pierre Lombard, qui l'emprunta sans doute à un texte patristique recueilli par Gratien, lui donna l'appui de son autorité. La notion de parjure est élargie, jusqu'à comprendre outre le refus volontaire d'exécution, le fait seul de passer une promesse dans un but illicite. Il n'y a plus aucun risque à ne pas accomplir son engagement; ce serait même ajouter à la faute qui naît de la promesse seule le péché qu'entraînerait la réalisation de celle-ci (2). Il y a donc un véritable devoir à se dégager *de plano*, d'un contrat contraire par son but à la loi morale.

Le Maître des Sentences devait faire une application de cette doctrine à un acte assimilé partiellement au con-

(1) Alger de Liège, *Liber de misericordia et justitia*, I, 18-22 (Migne, *Pat. Lat.*, t. 180) : 21, *Ut pro vitanda luxuria inanis gloria toleretur...* 22, *Item pro vitanda superbia expediat cadere in luxuriam*. Sur ces textes, voir Le Bras, *Le liber de misericordia et justitia d'Alger de Liège*, *N. R. H.*, 1921, p. 115 et s.

(2) Pierre Lombard, *Sententiae*, 3, 39, *De perjurio* : *Perjurare dicitur qui non implet quod falsum jurat, non quia inde reus fit quod non observat, sed quia juravit injustum, ex quo reus est, sicut ille qui pejerat*. Avant cette explication, les auteurs étaient obligés de supposer un cas de force majeure, empêchant l'exécution : Saint Augustin, *Sermo* 123 : *Quando autem aliud majus occurrit quod impedit fidem promissionis meae, non mentiri volui sed promissum implere non potui*.

trat, le mariage. Traditionnellement, deux fins précises lui étaient assignées : assurer la procréation, éviter la luxure. Bien souvent, l'homme est conduit au mariage par d'autres raisons, qui peuvent être contraires à l'ordre religieux. En principe, elles vicient le contrat ; mais, comme celui-ci, dans notre cas, est accompagné d'un sacrement, qui est demeuré intact, la vertu de ce dernier suffit à donner pleine vigueur à l'acte (1). On peut conclure que dans tous les contrats purs et simples, la nature illicite ou seulement incorrecte de la cause finale serait un vice radical.

II. — Le système des Décrétistes

C'est une théorie identique que nous trouvons chez les juristes, ou mieux chez Gratien et les commentateurs du Décret. Le problème est pour eux le même que pour les moralistes : c'est la même diversité de textes à concilier, la même lutte entre deux devoirs opposés. Mais le souci de l'application pratique du système les conduisit à des essais de classification des actes illicites.

Au Décret, figurent simultanément les deux systèmes qui s'offraient pour trancher la question de la validité de la promesse illicite, sans que ni Gratien, ni les premiers Décrétistes paraissent préférer l'un à l'autre. Seule la glose du Décret montre une tendance à placer au premier rang celui auquel Pierre Lombard, dans le clan des Théologiens, s'était arrêté.

(1) Pierre Lombard, *Sententiae*, 4, 30 : *Est igitur finalis causa matrimonii contrahendi principalis procreatio prolis... Secunda est... vitiatio fornicationis... Sunt et aliae causae honestae ut inimicorum reconciliatio et pacis redintegratio. Sunt etiam et aliae causae minus honestae... ut viri mulierisque pulchritudo... divitiarum possessio... Nec est assentiendum illis qui dicunt non esse conjugium quod propter has causas minus honestas contrahitur... Et licet fine non bona contrahitur conjugium, ... conjugium tamen bonum est : quia vita mala vel intentio perversa sacramentum non contaminat.*

Deux textes très connus, qui passent de compilation en compilation, dont l'un reproduit le canon 2 du VIII^e concile de Tolède (1), l'autre est extrait d'une homélie de Bède (2), résument le principe de la comparaison des péchés en cet adage : « *de duobus malis, minus est eligendum* ».

Le premier de ces textes énonce une règle pratique qui permet d'apprécier la gravité du péché : c'est au nombre des personnes offensées que celle-ci se mesure. Reprenons l'exemple du canon (3). Vaut-il mieux rompre un serment ou suivre sa foi, même si son but est coupable ? Le parjure qui naît du mépris du serment a une seule conséquence. C'est une offense à Dieu, qui entraîne uniquement une faute personnelle. Mais l'exécution de la promesse atteindrait en outre le prochain. C'est pourquoi le parjure, moins grave, est préférable.

Les premiers Décrétistes se rallièrent à ce système : choisir la voie qui conduit au moindre péché. Mais ils ne semblent pas appliquer rigoureusement le critère proposé par le canon qu'ils commentent. Roland, qui est le seul à comprendre nettement le système, est plus préoccupé de citer les autorités, que d'étudier le jeu pratique du principe. Il en tire la conséquence que parfois le serment illicite doit être respecté, si la faute qui résulte de son exécution est moins grave que la rupture de la foi (4). Déjà l'indéci-

(1) Décret (éd. Friedberg), D. 13, c. 1 : *Minus malum de duobus est eligendum*.

(2) Décret, c. 22, q. 4, c. 7. Cf. Saint Augustin, in *Enchiridio*, ch. 18, (au Décret, C. 22, q. 4, c. 7) : *Illum potius evadendi aditum petamus, in quo minus periculi nos perpessuros esse cernimus*.

(3) Décret, D. 13, c. 1 : *Quid autem levius ex his quidve gravius sit, purae rationis acumine investigemus. Etenim dum perjerare compellimus, creatorem quidem offendimus, sed nos tantummodo maculamur. Cum vero noxia promissa complemus et Dei jussa contempnimus, et proximis impia crudelitate nocemus*. Cf. gl. *duplici*, *ibid.*

(4) Roland, *Summa* (éd. Thaner) sur C. 22, q. 4 : *Quando igitur quod juratur salutem adimit vel recuperandum impedit, juramentum nullatenus est observandum; cum vero quod juramento promittitur, nichil horum efficit, licet juramentum fuerit illicitum, immutari tamen non convenit*.

sion perce chez les autres commentateurs sur la valeur de l'adage : *de duobus malis...* Faut-il parler de deux maux ? Est-ce vraiment un péché que de rompre sa foi dans notre cas ? Etienne de Tournai se demandait où était la faute dans le fait de ne pas accomplir une action coupable. Pour calmer son incertitude, il remarquait que si l'homme refuse de commettre un délit, il n'est pas blâmable pour cela seul, mais, qu'à l'égard de l'Eglise, en n'exécutant pas sa promesse jurée, il est passible des peines de parjure, c'est-à-dire qu'il est frappé d'infamie (1). A-t-il mortellement péché envers Dieu ? Etienne de Tournai ne répond pas, mais il est un principe d'après lequel nul ne pèche mortellement, en n'observant pas son serment, s'il est pris dans ce dilemme : ou se parjurer, ou accomplir un crime (2). Ainsi, la promesse dont le but est illicite, ne doit pas être exécutée (3) ; cependant, son auteur reste soumis à la peine ecclésiastique de l'infamie, il est seulement libéré du péché mortel qui normalement résulte du parjure. A côté du droit de dédit subsiste une sanction pénale qui frappe la rupture intempestive de la foi.

Cette opinion menait à une contradiction, venant de la coexistence de la liberté, voire du droit, de se dédire et de la pénalité qui résultait du fait même de ce dédit. Si l'on est autorisé à violer son engagement, pourquoi être puni en conséquence de cet acte ? Aussi les Décrétistes prirent-ils

(1) Etienne de Tournai, *Summa* (éd. Schulte), sur Décret, D. 13, c. 1 : *Quomodo ergo ibi sunt duo mala?... non sunt ibi duo mala quantum ad eum, sed quantum ad ecclesiam et dicitur dejerare, cum non implet quod iuravit et infamari pro perjurio, ut perjurium pro infamia accipiat perjurii.*

(2) Rufin, *Summa* (éd. Schulte), sur Décret, D. 13, c. 1 : *Hic jam perplexus adeo est, ut si vult declinare majus, scilicet fratricidium, necesse habet peccare in minori, hoc est in perjurio... Sed si inevitabile est, eum in hujusmodi mortaliter (non) peccare, non est ei imputandum ad gehennam quod mortaliter peccat.*

(3) Il y eut peut-être des dissidents. Cf *Incerti auctoris quaestiones* (éd. Thaner), q. 17 : *Quidam dicunt debere persolvere propter sacramenti religionem.* Mais il s'agit ici d'une promesse qui a été prêtée sous l'empire de la violence.

une autre voie. La faute, qui d'après Etienne de Tournai, dérivait de la rupture de la promesse, fut rattachée à l'acte de promettre, qui en soi constituait le parjure frappé d'une pénalité. C'est désormais un droit absolu que celui de refuser d'accomplir une obligation illicite, et l'Eglise ne peut frapper d'aucune peine la personne qui se prévaut de cette faculté. Mais en s'engageant dans un but illicite, celle-ci a commis *ipso facto* un parjure dont elle est tenue de rendre compte. Rufin enseigna qu'un précepte, fondé sur plusieurs autorités, commandait de ne pas accomplir un acte illicite, celui-ci fût-il l'objet d'une promesse solennelle, « *si praeceptum est non adimplere, ergo non adimplere non est peccatum* (1). » L'unique correctif à ce droit, vient de la sanction qui atteint le parjure, dérivant de la seule promesse illicite.

La glose du Décret prit nettement parti pour cette dernière interprétation. Mais elle eut à rendre raison du texte du concile de Tolède qui posait le principe de la comparaison des fautes (parjure résultant de l'inexécution de la promesse, faute résultant de l'accomplissement du délit). On sait les résultats variables auxquels menait cette confrontation : n'arrivait-il pas que l'homicide devait être regardé comme moins grave que le parjure (2) ? Pour obvier à ce danger, la Glose chercha à éliminer l'opposition que supposait le texte entre deux devoirs contraires, respecter sa foi, ne pas commettre de délit et le dilemme où se trouvait pris le promettant, exécuter, c'est-à-dire commettre un délit, ne rien faire de l'objet promis, c'est-à-dire violer sa foi. Ce dilemme est imaginaire, dit la Glose :

(1) Rufin, *Summa* (éd. Schulte), sur Décret, D. 13, c. 1 : *Amplius praeceptum est, ut malum quod jurat quis non adimpleat. Ait enim Isidorus : in malis promissionibus, rescinde fidem; quod incaute jurasti ne facias... Si praeceptum est non adimplere, ergo non adimplere non est peccatum.*

(2) Gl. *duplici*, sur Décret, D. 13, c. 1 : *Item contrarium hic signatur 22 q. 5. c. ille qui (c. 5) ubi dicitur quod perjurium sit majus homicidio.*

la faute n'existe que dans l'opinion de l'homme anxieux, et c'est uniquement en supposant ces scrupules fondés et afin de rassurer cet homme qu'elle recherche quelle faute doit être regardée comme la plus grave (1). Mais il est vain de s'arrêter à de telles anxiétés; il est préférable de se reporter au système de Pierre Lombard, assimilant au parjure le fait seul de prêter un serment illicite. La Glose n'eut aucune peine à faire triompher cette opinion, le Décret contenant nombre de textes patristiques ou conciliaires conduisant à ce résultat (2). Ainsi, la nullité qui atteint l'acte illicite est absolue. Point n'est besoin de rechercher dans chaque espèce, s'il est plus grave de manquer à sa foi que de commettre tel ou tel délit. Il suffit qu'une promesse puisse être regardée comme illicite, pour que son auteur puisse, *ab initio*, en être délié.

Mais qu'appeler acte illicite ? Il fallait en restreindre suffisamment la définition pour que l'inexécution tolérée ne devînt pas susceptible de porter atteinte au respect des conventions. La détermination de l'illicéité ne fut pas l'œuvre de la Glose; elle avait été préparée dès Gratien. Dans le *dictum* qu'il joint au canon *Innocens* (3), Gratien s'efforce de déterminer les diverses catégories de serments illicites et de distinguer la véritable illicéité de l'illicéité apparente : est dit *illicitum* le serment dont l'objet (*id quod juralur*) est, par sa nature, vicieux, c'est-à-dire met en danger l'intégrité corporelle ou le salut spirituel d'une personne. C'est l'illi-

(1) Gl. *duo mala*, *ibid.* : *Intellige quantum ad fatuam illius opinionis qui se credit perplexum et sic intelligas omnia verba hic posita : non enim utrumque illorum malum est, licet ille opinetur utrumque esse malum.* Le casus et la glose *duplici* sur le même texte, recherchent en supposant exacte l'opinion qui voit une double faute, les conséquences de la comparaison des péchés.

(2) Gl. *non tolerabilius*, sur Décret, C. 22, q. 4, c. 3. gl. *emendatio*, *ibid.*, c. 17. Cf. Décret, C. 32, q. 1, c. 10.

(3) *Dictum gratiani*, Décret, C. 22, q. 4, c. 23.

céité naturelle (1). Illicite encore est le serment qui est prêté d'une manière inconsiderée (*modus jurandi*) (2). Mais c'est par un abus de langage qu'il est dit illicite, car rien ne s'oppose à ce qu'il soit tenu. Enfin, il existe des actes qui sont en raison des circonstances « *ex causis extra venientibus* » rapprochés des actes illicites. Tel le serment de se marier, après avoir fait vœu de chasteté (3). C'est encore par une assimilation toute factice que pareille promesse est regardée comme illicite, car elle doit être respectée, quitte à faire pénitence pour le vœu violé.

Dans quelle classe ranger le serment dont le but final seul était illicite ? Gratien n'a pas prévu l'hypothèse et la plupart des Décrétistes l'ont oubliée. Les subdivisions compliquées imaginées par Rufin n'englobent pas encore notre cas (4). C'est Huguccio sans doute, qui, en introduisant un nouveau classement, en vint à comprendre dans les termes de celui-ci, l'acte illicite *ex fine ad quod velit quis venire*, nettement distinct du contrat dont l'objet est contre le droit. Que vaut le serment de ne pas aliéner les biens des Eglises, prêté par un Evêque avant son élection, dans l'intention de se faire élire, celui de partager les dépouilles d'autrui avec le complice qui aide à commettre le crime (5) ? Aucune règle précise ne put être posée.

(1) *Dictum gratiani, ibid.* : *Ex eo quod juratur est illicitum juramentum quando id quod juratur in sua natura vitiosum est, vel vitam adimens, ut adulterium homicidium vel his similia vel reparari non permittens veluti cum inimico ad pacem non redire, indigenti misericorditer non subvenire.*

(2) *Dictum gratiani, ibid.* : *Ex modo jurandi est illicitum juramentum, quando inconsiderate et incircumspecte aliquid juratur, quo nec corporalis nec spiritualis salus adimitur.*

(3) *Dictum gratiani, ibid.*

(4) Rufin, *Summa* (éd. Schulte), sur Décret, C. 22, pr.

(5) Huguccio, *Commentaires sur le Décret*, Bib. Nat., ms. lat. 3892, f. 262 v° : (*illicitum juramentum*) *ex fine ad quem velit quis venire ut si ante electionem juretur de indempnitate rerum ecclesiae, ut sic eligatur, ut 8, q. 3, Artaldus (?)* (Décret, C. 8, q. 4, c. 2) *et cum quis jurat partiri spoliis alterius cum aliquo si eum juvet ad alium spoliandum, ut infra e. q. si ad peccatum* (Décret, 22, 4, 20). Huguccio distingue en outre le serment illicite : 1° *ex eo quod juretur, ut*

Il fut admis que l'on devrait considérer si l'exécution de la promesse conduisait au péché; dans ce cas seul, le serment doit être « relâché ». L'illicéité *ex fine* ne rentrait pas toujours dans l'illicéité naturelle, elle avait parfois les mêmes conséquences que l'illicéité factice *ex causa extra veniente*. Ni la Glose (1), ni Jean de Torquemada (2) n'arriveront à une classification plus nette. Avec ce dernier toutefois, le caractère illicite du mobile fut entendu très largement. Si le respect du serment conduit au péché, fût-ce à une faute vénielle (3), il faut passer outre; il devait en être toujours ainsi. L'acte illicite *ex fine* rentrait donc dans le cadre des actes naturellement illicites.

*

En sanctionnant par une nullité radicale les engagements dont la fin est illicite, les Décristes n'étaient préoccupés que d'assurer le respect de la loi morale. Ils ne cherchèrent pas à constituer un système juridique comparable à celui du droit romain. Peut-être leur zèle dépassa-t-il le but. Ils accordèrent si largement le droit de rompre une convention, sous prétexte d'immoralité, qu'ils compromirent la stabilité des relations contractuelles. Aussi leurs successeurs restreignirent-ils leur doctrine aux actes extra-séculiers, comme le vœu. Dans les con-

si juretur quod maius est. 2° ex eo per quod juratur, ut si juretur per falsos deos. 3° ex causa, ut Herodes qui propter saltationem iuravit filie Herodiadis dare quicquid peteret (Décret, 22, 4, 8). 4° ex modo, temere et indiscrete vel praeter necessitatem, etc.

(1) Gl. *verūtamēn, et conqueritur*, sur Décret, C. 22, q. 4, c. 20.

(2) Jean de Torquemada, *Super Decreto*, C. 22, q. 4, c. 23. et sur le *dictum Gratiani* qui suit.

(3) Jean de Torquemada, *ibid.* : *Juramentum illicitum... ut scilicet quod est peccatum mortale vel etiam veniale, non est observandum et transgressio talis iuramenti nullum est peccatum.*

trats ils appliquèrent les règles romaines, très largement comprises.

L'histoire de l'acte illicite n'est pas le seul exemple où le premier courant de la pensée canonique a été si audacieux qu'il a dû être redressé.

CHAPITRE II

CAUSE ET PREUVE CHEZ LES DECRETALISTES

Cherchant des modèles pour répondre aux demandes qui assaillaient la cour de Rome, la chancellerie pontificale trouva dans le droit romain des formules toutes prêtes. Elle copia celles-ci, dans la mesure où elles étaient compatibles avec la foi et l'organisation ecclésiastique. Ainsi, vers 1230, une Décrétale de Grégoire IX introduisit en droit canonique la notion romaine de cause, directement extraite d'une loi du Digeste. Détachée d'un texte romain, la décrétale *si cautio* n'en était pas la reproduction intégrale. Abolissait-elle par prétérition les complications de la loi *cum de indebito*? Que restait-il de l'extension toute accidentelle donnée à la cause par le jeu de l'*exc. non num. pec.*? A ces problèmes d'exégèse s'ajoutait la question plus grave des limites de notre théorie. Serait-elle réduite à n'être qu'une simple mention dans un acte probatoire, ou serait-elle considérée comme un élément indispensable à l'existence d'une obligation, créée par un mode non formel?

I. — La Décrétale « Si Cautio »

L'unique question soulevée par la Décrétale *Si cautio* (1) concerne la force probante de l'écrit.

(1) X, 2, 22, 14.

Notre texte n'est pas isolé. Il se relie à plusieurs autres qui, à la même époque, introduisirent dans la procédure canonique l'acte causé. Comme les Romanistes, les Canonistes répudient à toutes les phases de l'instance judiciaire, les formes abstraites, sous prétexte d'obscurité. Le juge peut *ex officio suo*, d'après G. Durand, refuser le libelle qui n'énonce pas la cause de la demande (1). De même dans ses positions une partie doit faire connaître la cause de son droit (2). Un témoin peut être interrogé sur la *causa testimonii* (3). Mais, nous l'avons déjà remarqué, ce système ne conduit pas nécessairement les parties à déclarer la cause de l'obligation. Celle-ci peut se trouver accidentellement énoncée lorsqu'elle est révélée par le nom même

(1) La règle du libelle causé est inscrite dans une Décrétale, X, 2, 3, 3, qui précise les conséquences de l'absence de cause; il n'est pas dit que le libelle sans cause est radicalement nul; il est seulement précisé que le défendeur n'est pas tenu d'y répondre. Les commentateurs n'admettent plus cette restriction; le droit pour le juge de refuser le libelle est affirmé sans réserves, G. Durand, *Speculum*, lib. IV, part. 1, *De oblat. libelli*, § 15, n° 10. Voir Jean d'André, *Commentaria ad Decretales*, X, 2, 3, 3 : *Si recipiendus esset libellus sine causa, eadem ratione positio, probatio et testimonium; quod esset absurdum*. Pillius et Tancrede sont moins nets : Pillius, *De ordine judiciorum* (éd. Bergmann), 1 § 1, Tancrede, *De ordine judiciorum* (éd. Bergmann), 2, 1. Sur la littérature canonique relative au libelle, voir Bethmann Hollweg, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts*, t. 6, Bonn, 1874, p. 27 et s. Cf. sur la règle du libelle causé, P. Fournier, *Les officialités au Moyen-Age*, Paris, 1880, p. 145.

(2) Tancrede, *De ordine judiciorum*, 3, 3, § 2 : *Ponit talis in jure quod ipse mutuavit tali tantam pecuniam*; Jacobus de Arena, *Tractatus de positionibus* : *Pono quod teneris mihi dare X ex causa mutui... Quid si peto a te X et pono quod mihi debes, non adjecta causa, tu respondes « specifica causam », an teneor specificare? Respondeo sic; nam si respondeas sine causa, non valeret responsio*. Cf. le droit reconnu au juge d'interroger une partie avant et après la *litis contestatio* : l'interrogation peut-elle porter sur la cause de la dette? Les exemples donnés par Tancrede ne permettent pas de répondre, *De ordine judiciorum*, 2, 21, 1; 3, 3, 4.

(3) Tancrede, *De ordine judiciorum*, 3, 9; Innocent IV, *Super Decretales*, X, 2, 20, 11; et surtout Balde, *Commentaria in Decretales*, X, 2, 18, 2 : *Interrogatorium testis debet esse de causis cause quando contractus habet genus et differentias ut stipulatio*. Cf. Bonaguida, *Summa super officio advocatorum* (éd. Wunderlich), III, 5, 6, 7 (rédaction des *articuli*, interrogatoire des témoins).

de l'engagement, source de la dette : il en est ainsi, par exemple, dans les cas de la vente ou du louage. Mais, qu'on suppose une promesse par serment. Le demandeur sera quitte avec la règle du libelle causé quand il aura écrit : je demande 10 à Pierre qui me les a promis par serment; un témoin aura satisfait à l'interrogation du juge lorsqu'il aura répondu : j'ai entendu *propriis sensibus* Pierre qui s'engageait par serment à donner 10 à Paul. La *causa libelli*, la *causa scientiae* seront dites; la cause de l'obligation de Pierre sera toujours inconnue. C'est seulement par une règle extra-procédurale, relative à la validité du serment (1) que pourra être prescrite la recherche de la *causa debiti*.

C'est un principe de cette sorte qu'énonce le *capitulum si cautio*. Bien qu'il ne vise que l'écrit, simple mode de preuve, il touche de très près à l'obligation. Les Décrétalistes ne manquent pas de faire remarquer qu'il s'applique uniquement lorsque l'écrit contient l'aveu d'une dette et non la constatation d'un versement d'argent (2). Les mots *indebite exposita esse dicitur*, se comprennent mieux d'une obligation que d'un simple *instrumentum*. Il est seulement vrai, qu'en son sens originaire, notre texte ne tranche qu'une question de preuve et non celle de la validité de l'obligation.

(1) Esmein, *Le serment promissoire en droit canonique*, N. R. H., 1888, p. 253.

(2) Innocent IV, *Super Decretales*, X, 2, 22, 14 : (*Scriptura*) *italis scilicet: confiteatur talis tantum se recepisse ab aliquo vel se tantum debere; secus autem si diceret aliquis tantum accepit*. On notera l'opposition des mots *confiteatur* (aveu), *accepit* (constatation d'un versement d'argent). Cf. Jean d'André, *In secundum decretalium librum commentaria*, loc. cit. et surtout Antoine de Butrio, *Commentaria in Decretales*, loc. cit. : *Hic non agitur de virtute ipsius scripturae immediate, sed de virtute confessionis aut promissionis quae emanavit in scriptura publica vel privata*. Cette phrase est l'indice d'un changement dans l'interprétation du *cap. si cautio*; nous y reviendrons.

* *

Entendue rigoureusement, la réponse de Grégoire IX au prieur de St Barthélemy se séparait du droit romain sur deux points. Le terme *cautio* peut désigner l'écrit sous seing privé comme l'écrit authentique, mais les expressions suivantes « *cautio quam a te indebite proponis expositam....; si causam expresseris in eadem...; confessioni tuae* » s'accordent seulement avec l'écrit rédigé de la main même du débiteur. En second lieu, la preuve contre l'acte causé si restrictivement organisée par le droit romain, est ici admise sans limitation.

L'interprétation tendit à faire disparaître ces deux différences. Il parut que les restrictions à la preuve contraire posées par le droit romain, c'est-à-dire la nécessité d'un écrit, étaient sous-entendues par notre décrétale. Ainsi l'entend Abbas Antiquus, qui exclut nettement la preuve testimoniale (1). La Glose ne précise pas le genre de preuve, mais comme elle renvoie à la loi romaine, on peut admettre qu'elle accepte les restrictions incluses dans celle-ci (2). Hostiensis est très net : le débiteur ne peut contester la validité d'un écrit causé qu'en produisant une autre écriture ; c'est seulement dans le cas d'un aveu oral qu'il peut être admis à recourir à la preuve par témoins (3). Une autre opinion cependant eut cours ; elle s'appuie sur la différence de rédaction entre le chapitre *si cautio* et la loi *cum de indebito*, pour conclure qu'un écrit n'est pas

(1) Abbas Antiquus, *Lectura super Decretales*, X, 2, 22, 14 : *Ad finem glos. ejusdem adde : et debet probare contrarium per aliam scripturam, non per testes... sic intelligunt Doctores legum legem illam unde sumitur haec decretalis* (D., 22, 3, 25, § 4).

(2) Gl. *indebite*, *ibid.* : *Et ita admittitur probatio contrariam cautio-nem*. La glose *si cautio* avait signalé l'emprunt : *hec decretalis sumpta est de illa l. ff. de proba. cum de indebito* § ult. (D., 22, 3, 25, § 4).

(3) Hostiensis, *In primos libros Decretalium commentaria*, *ibid.*, 4 (sur le mot *probaveris*) : *Potest probare contrarium per scripturam*.

nécessaire : c'est l'avis de Vincent d'Espagne; mais l'exemple qu'il donne montre que le débiteur se prévaut d'un *instrumentum publicum*, pour contester la validité de l'écrit primitif (1). Quel fut le succès de cette théorie ? Il est difficile de répondre. Innocent IV explique comment la réalité de la cause peut être combattue, mais il ne dit rien sur les modalités de la preuve contraire (2). Pierre de Ancharano répète les propres termes du texte (3).

Quant au terme *cautio* il fut, en dépit de la dissidence d'Hostiensis, entendu de toute espèce d'acte écrit, rédigé soit de la main du débiteur, soit par un notaire. Telle est l'opinion de la Glose (4). Quelques Décrétalistes parmi les plus anciens, Vincent d'Espagne, Abbas Antiquus, oublient de définir l'expression *cautio*. Les explications du premier semblent mieux s'accorder avec l'acte privé, par exemple l'emploi du style direct : *solvam quae debeo* (5).

Seul Hostiensis se sépara nettement de l'opinion commune. On pouvait penser que si certains actes étaient susceptibles d'échapper à l'exigence d'une cause, ce devait être, en raison de la solennité de leur forme, les actes notariés.

(1) Vincent d'Espagne, *Apparatus in Decret. Greg. IX*, Bib. Nat., ms. lat., 3967 f° 94, v°, col. 1 : *Et nota quod in lege (D., 22, 3, 25, § 4) plus dicitur quam hic, scilicet nisi probaveris te indebite promississe evidentissimis probationibus in scriptis habitis... confitetur (quis) se debere rem solvere ex causa permutationis in tali die et in contrarium producit instrumentum publicum in quo subscripsit in alia civitate eodem die qua dicitur permutasse Ego tamen non credo scripturam esse omnino necessariam.*

(2) Innocent IV, *Lectura super Decretales*, X, 2, 22, 14, sur les mots *probaveris*.

(3) Pierre de Ancharano, *In Decretales Commentaria*, *ibid.*

(4) Gl. *si cautio*, *ibid.* : *Dic cautio, id est scriptura, sive sit privata, sive sit publica*. Des difficultés existent sur le sens du mot *publica* qui désigne parfois l'acte qui fait à lui seul pleine preuve, par opposition à l'acte privé qui sert seulement de commencement de preuve. Voir P. Fournier, *Les officialités*, *op. cit.*, p. 194.

(5) Vincent d'Espagne, *l. c.*, n. 1 *supra* : *(aliquis) dixit : solvam ea qua debeo... si continetur in instrumento quod tu confiteris recepisse dotem.*

En outre, la Décrétale *si cautio*, semblait concerner seulement l'écrit sous seing privé. Pourtant, l'opinion qu'on prête traditionnellement à Hostiensis, est contraire à ces suppositions : c'est dans les actes notariés seuls que la cause est exigée. Si l'écrit est rédigé par le débiteur lui-même, il n'est pas utile qu'il contienne plus que la mention : je reconnais devoir. Comment penser qu'une personne raisonnable puisse s'engager d'elle-même sans motif ? Elle est toujours libre de reculer. Au contraire, lorsque la rédaction de l'*instrumentum* est confiée à un tiers, comme un notaire, il ne lui en coûte rien d'écrire : telle personne se reconnaît débitrice. Il est prudent de l'astreindre à mentionner la *causa debiti* (1). Ce sera une sûreté pour le débiteur qui se réserve ainsi de pouvoir ultérieurement plus facilement contester la validité de la *cautio*. Ce raisonnement aboutit à donner une supériorité à l'écrit privé sur l'écrit public, le premier étant dispensé de la mention de la cause.

On a peine à croire qu'une pareille opinion ait été celle d'Hostiensis. Peut-être n'est-elle qu'une altération de sa véritable conception. Il semble que dans sa teneur primitive, au moins telle qu'il est possible de la reconstituer d'après la Somme et le commentaire aux Décrétales,

(1) Panormitain, *Interpretationes in Decretales*, X, 2, 22, 14 : *Host (Hostiensis) videtur textum intelligere in promissione seu professione debiti in scriptis publicis redacta. Dicit textum istum non procedere in confessione simplici, cum quis confitetur se debere decem Titio: licet non dicat ex qua causa nec liqueat de illa. Reddit rationem diversitatis. Nam tabellio scribit instrumentum ut vult et sibi placet... ideo non probat si causa in eo non exprimitur. quae quidem ratio cessat in confitente cum potuerit dicere quod sine causa promiserat... Nam ex quo confitetur se debere praesumitur efficaciter et verba cum effectu sunt sumenda. La possibilité de se rétracter, mentionnée dans ce texte, ne s'applique qu'à l'aveu *in iudicio*; c'est un indice que dans sa teneur première il devait viser uniquement cette sorte d'aveu. Pierre de Ancharano rapporte ainsi l'opinion d'Hostiensis : *Host (Hostiensis) dicit quod ... aliud sit in instrumento quod facit tabellio sicut placet... aliud in confitente, qui potest loqui apertius et causam exprimere (In Decretales commentaria, X, 2, 22, 14).**

la pensée d'Hostiensis avait une toute autre portée. Il n'était pas question de cause à propos de l'écrit privé, mais uniquement à propos de l'aveu *in judicio*. Devait-il, pour entraîner une condamnation, faire mention d'une *causa debili* quelconque ? Pour soutenir l'affirmative, on allègue, dit notre auteur, qu'il en va de même d'un *instrumentum* et d'une *confessio*. Mais, répond Hostiensis, autre chose est la confection d'un *instrumentum*, autre chose l'aveu d'une dette. Dans le premier cas, le notaire écrit l'acte comme il l'entend; dans le second, la partie qui avoue est maîtresse de sa parole, elle peut rétracter son aveu en disant qu'elle a promis à tort (1). Si elle laisse passer le délai qui lui est imparti pour retirer sa parole, ne peut-on présumer qu'elle s'est engagée en connaissance de cause ? C'est en appliquant à l'acte écrit sous seing privé ce qu'Hostiensis disait de l'aveu oral *in judicio* que les commentateurs postérieurs ont pu croire que dans la pensée du cardinal d'Ostie la cause était inutile dans cet écrit. Le commentaire de Jean d'André qui copie presque littéralement notre auteur, est, peut-être, responsable

(1) Hostiensis, *In Decretales commentaria*, X, 2, 22, 14 : (sur le mot *indeterminate*) *Et est argumentum quod si quis confitetur in judicio se debere X Seio et non dicit ex qua causa, nec de ipsa liquet, non est condemnatio facienda, quia ita fit probatio per instrumentum sicut per confessionem... Sed potest responderi quod aliud est in instrumento quod facit tabellio sicut placet..., aliud in confitente qui potest dicere quod sine causa hoc promisit et legem apertius exprimere... imputet ergo sibi si hoc non facit... quia ex quo confitetur se ipsa debere praesumendum est quod efficaciter et ex justa causa sit obligatus, nam et verba intelligenda sunt cum effectu.* Il y a dans ce texte deux parties très distinctes : la première relative à la *confessio in judicio* (*sine causa*), la seconde qui oppose l'*instrumentum* à la *confessio* tout court; entre ces deux parties, le rapport est certain dans la pensée d'Hostiensis, la seconde phrase n'étant qu'une réfutation de l'argument rappelé par l'auteur à la fin de la première partie du texte. Cette phrase, d'ailleurs, fût elle isolée, ne peut s'entendre que d'une rétractation d'aveu *in judicio*. Enfin, Hostiensis renvoie à un passage de sa Somme qui ne touche qu'à l'aveu *in judicio* : *Et hoc teneas quod dic, ut notavi in Summa de confessis, § fi.* (Somme, II, *De confessis*, § 7, *Utrum in confessum*). Pierre de Anchirano limite l'opinion d'Hostiensis à l'aveu *in judicio* et l'accepte, *In Decretales commentaria*, X, 2, 22, 14.

de la déformation : il oppose l'*instrumentum* à la *confessio* tout court, sans avoir préalablement montré qu'il s'agit de la *confessio in iudicio* (1). On entendit le terme *confessio* dans le sens d'aveu extrajudiciaire. Peu importe qu'il soit relaté par écrit, ou qu'il soit oral. C'est en ce sens très général que la doctrine d'Hostiensis est comprise au *xiv^e* siècle. Elle parut très choquante, puisqu'un simple aveu oral sans cause peut faire un débiteur.

Aussi, les Décrétalistes du *xiv^e* siècle protestent contre elle. Pourquoi une règle spéciale serait-elle nécessaire pour imposer à un notaire la mention de la cause de l'obligation ? Un notaire ne manquera pas d'insérer la *causa debili* dans l'acte qu'il dresse, si les parties l'ont préalablement déclarée (2). Comment ne pas voir dans la présence d'un tiers expérimenté une garantie précieuse pour les contractants qui seront défendus contre leurs propres entraînements (3) ? De plus, la Décrétale *Si cautio* n'est qu'un extrait d'une loi du Digeste ; or les Romanistes entendent la loi *Cum de indebilo* de toutes sortes d'écrits. Une opinion isolée de Balde, qui, renversant le système d'Hostiensis, attribuait à l'écrit public sans cause une certaine force probatoire, passa inaperçue (4). La doctrine

(1) Jean d'André, *In Sec. Decr. lib. Novella Commentaria*, X, 2, 22, 14 (sur le mot *indeterminate*) : *Arguit per hoc Hostiensis quod si quis confitetur se debere* 10 *Seio et non dicit ex qua causa*. L'indication capitale, si *quis confitetur in iudicio* qui éclaire la pensée d'Hostiensis, manque ici.

(2) Pierre de Ancharano, *In Decretales commentaria*, X, 2, 22, 14 : *Licet enim notarius loquatur ut placet in prima vel tertia persona... tamen tenor facti trahit originem a partibus : nec praesumendum est notarium omisisse causam in instrumento si fuisset a partibus expressa*.

(3) Panormitain, *Interpretationes in Decretales*, X, 2, 22, 14 : *Majorem vim debet habere confessio instrumentalis, quae fit a perito, quam illa quae simpliciter emanat*.

(4) Balde, *Commentaria in Decretales*, X, 2, 22, 2 : *Scias quod scriptura publica probat licet non contineat causam certam. Probat, dico informiter non formiter quia forma in hac materia idem est quod causa*. Cf. déjà Jean d'André, *In sec. Decr. lib. Novella commentaria*, X, 2, 22, 14, sur la glose *indeterminata*.

générale vit dans la *cautio* l'acte sous seing privé, aussi bien que l'acte notarié.

Mais ainsi posée, la règle était trop large, car il est des écrits qui n'y sont pas soumis. Ce sont d'abord tous les actes libératoires, les quittances par exemple. Seuls les Décrétalistes tardifs relatent cette exception conforme à la loi romaine (1). Ils la comprennent très largement. Qu'il s'agisse d'une véritable remise de dette, ou seulement d'un acte constatant un paiement, l'absence de cause n'est pas un obstacle à la libération du débiteur dans le premier cas, à la preuve de celle-ci dans le second (2). La reconnaissance de dette faite par un mourant est-elle dispensée de la déclaration d'une cause ? Il est difficile, ont dit certains, de douter de sa véracité, lorsqu'elle a lieu *in articulo mortis*, sa forme fût-elle restée abstraite. Plus douteuse est la validité de l'aveu de dette testamentaire non causé. Les Canonistes recoururent à l'expédient des Romanistes : ils interprétèrent la déclaration de volonté comme un legs et la déclarèrent valable, en déformant l'adage, d'après lequel la cause est sans influence sur le legs (3).

Tel est le champ d'application de la Décrétale *si cautio* dans les actes écrits.

*
* * *

Elle fut longtemps comprise comme s'appliquant à ces actes seuls. Telle fut certainement l'opinion des premiers Décrétalistes, telle est encore partiellement celle

(1) Balde, *ibid.*; Boich, *In Decretalium libros commentaria*, X, 2, 18, 3.

(2) Boich, *ibid.*

(3) Antoine de Butrio, *Commentaria in Decretales*, X, 2, 22, 14 : *Non apparente causa praesumitur (confessio) plus erronea quam vera, ergo non inducit praesumptionem, nisi fieret apposita in extremis : quia animae favore si confiteretur in actum puri praesumeretur.*

de la glose de Bernard de Parme (1). Mais le rattachement, qu'à l'imitation de la doctrine romaniste, celle-ci établit entre l'hypothèse réglée par le *capitulum si cautio* et la théorie générale de l'aveu, outre qu'il modifia la conception du rôle de la cause, devait conduire à mettre sur le même rang que la *cautio* (ou *confessio* écrite) l'aveu oral devant témoins (2). Pour entraîner une pleine force probante, celui-ci fut aussi soumis à la déclaration d'une cause (3). On ne peut guère citer qu'une dissidence, celle qu'une opinion commune attribuée à Hostiensis : fût-il sans cause l'aveu obligerait (4). Que la partie maîtresse de ses paroles s'en prenne à elle si elle a parlé à tort; il serait injuste de faire porter à son adversaire le poids d'une faute qu'il n'a pas commise, en l'obligeant à recourir à un autre mode de preuve. On sait comment cette doctrine fut victorieusement réfutée au cours du *xiv^e* siècle. Pierre de Ancharano montra que tous les moyens de preuve devaient être traités avec la même rigueur et qu'un aveu sans écrit ne pouvait pas avoir une force probante plus considérable qu'un aveu écrit (5). Il semble même que la preuve contraire contre l'aveu oral fut plus largement ouverte : les simples témoignages furent reconnus suffisants.

(1) V. gl. *sed si causam*, X, 2, 22, 14 : *Confessio extra iudicium facta causa adjecta bene prejudicat ad probandum* (éd. 1482).

(2) Panormitain, *Interpretationes in Decretales*, X, 2, 22, 14 : *Et intelligitur (cautio) sive sit in scriptis redacta sive non*. Cf. Jacques de Tonnerre, *In tres priores libros Decretalium Gregorii IX*, Bib. Nat., ms. lat. 3973, f° 163 v° : *Sed si quis confiteatur extra iudicium se debere Titio centum ex causa emptionis vel locationis et probetur hoc per testes in iudicio contra se, condemnabitur confitens solvere quod est confessus*.

(3) Voir la glose précitée, note 1.

(4) Pierre de Ancharano, *In Decretales commentaria*, X, 2, 22, 14 : *Si autem non in instrumento sed verbo tenus, praesente parte confiteatur quis se teneri mihi in centum : an obligetur. Host (Hostiensis) dicit quod sic*.

(5) Pierre de Ancharano, *ibid.* : *Si confessio facta est extra iudicium, non credo quod efficacius obliget confessio quam cautio sine causa... nec debet esse majoris efficaciae confessio non redacta in scriptura quam si redacta fuisset*. Cf. Jean de Ananie, *Super Secundum Decretalium*, X, 2, 22, 14.

II. — L'aveu, source de dette

Comment les Canonistes en vinrent-ils à comprendre la cause comme une condition de validité d'un acte créateur d'obligation, non plus seulement comme une mention dans un titre probatoire? Les Romanistes avaient été mis sur la voie de cette conception par la théorie de l'aveu. Mais cette tendance fut contrariée par deux règles, l'une de procédure, l'autre relative au pacte. D'après la première, tout demandeur devait dans le *libellus actionis* écrire le nom de l'action; or aucun texte n'indiquait quelle action sanctionnait la *confessio* extra-judiciaire. Certains interprètes hésitaient à recourir à la *condictio ex lege*; à l'époque de la Glose, le domaine de cette action est encore incertain. En outre, reconnaître à l'aveu le pouvoir d'obliger c'était introduire une source nouvelle d'obligation, contrairement à la règle : « *ex nudo pacto obligatio non nascitur* ». De pareils scrupules n'arrêtèrent pas les Canonistes. Au *nomen actionis*, s'est substituée la cause; point n'est besoin que l'action soit désignée expressément si la demande indique clairement l'opération juridique dont on réclame l'exécution. Tout accord de volonté est en effet susceptible d'être judiciairement reconnu.

Mais le passage à cette seconde conception du rôle de la cause, fut lent; peut-être cette thèse ne rallia-t-elle pas tous les Canonistes. Au *xiv^e* siècle, Pierre de Ancharano rappelle que le terme *cautio* ne peut s'entendre que de la *probatio obligationis* et non de l'*obligatio* (1). Boich critique très vivement l'assimilation de la *confessio* pure

(1) Pierre de Ancharano, *In Decretales commentaria*, X, 2, 22, 14 : *Est enim cautio contractus probatio, non contractus.*

et simple à l'obligation (1). Par contre, le Panormitain sous le nom de *cautio* désigne la *promissio* « *promissio seu cautio* » (2). La Glose avait été plus réservée : d'après le texte le plus répandu, la *confessio* écrite *valet ad probandum* (3). Cet aveu est distinct de la *confessio cum promissione*, c'est-à-dire de la reconnaissance de dette avec promesse de payer : cette dernière seule, par suite de l'adjonction de cette clause, survivance de la *stipulatio subnixa*, est source d'action. Mais, loin d'élever une barrière entre l'aveu simple et l'aveu doublé d'une promesse, la Glose admit qu'il était légitime de présumer, en toute hypothèse, qu'une *promissio* était sous-entendue (4). La distinction de la *confessio ad probandum* et *ad obligationem*, n'avait plus de raison d'être. La supposition toute gratuite d'une *promissio* annexe l'avait rendue inutile. Cette dernière était d'ailleurs très logique, le droit canonique laissant de côté les derniers débris du formalisme romain. Tel fut l'expédient grâce auquel s'accomplit la transposition de la cause dans l'obligation.

Il était absolument inconnu des premiers Décrétalistes. Originellement, la cause fut regardée comme une mention toute matérielle dans un titre constatant une obligation, destinée à fixer avec précision et clarté, les termes de celle-ci. De même qu'un acte relatant une servitude

(1) Boich, *In Decretalium libros commentaria*, X, 2, 18, 3 : *Ego vero Henricus dico sequendo communem opinionem doctorum juris civilis quod confessio extra jus emissa ad obligandum nullam obligationem vel actionem inducit.*

(2) Panormitain, *Interpretationes in Decretales*, X, 2, 22, 14 : *Appellatione cautionis venit omnis promissio vel simplex confessio.*

(3) Gl. *sed si causam*, X, 2, 22, 14 : *Et ita patet ex hoc quod confessio extra iudicium facta causa adjecta bene prejudicat ad probandum.* Dans le ms. Bib. Mazarine, 1293, les derniers mots : *ad probandum* sont omis.

(4) Gl. *sed si causam*, *ibid.* : *Quid si non promittat, sed conquiretur se debere mihi ex aliqua justa causa praecedente : idem est ac promittat et teneatur ex illa confessione* (éd. 1484). La fin du texte incompréhensible est ainsi rectifiée : *Idem est ac si promittat ut teneatur* (éd. Venise, 1595).

doit, pour éviter toute confusion, indiquer la partie du fonds grevé, de même un écrit faisant mention d'une obligation doit distinguer (*discernere* = *cautio discreta*), parmi les multiples opérations susceptibles de l'expliquer, celle à laquelle il se rattache (1). Le souci d'une rédaction claire de l'écrit a inspiré le *capitulum si cautio*. Tel est le sens étroit qui fut d'abord donné à la mention de la *causa debiti*.

Il fut peu à peu élargi grâce à l'adage romain : *nimis est indignum ut quod quisque sua voce dilucide protestatus est, proprio infringere valeat testimonio*. C'est la raison que donne la Glose pour expliquer la force de la *cautio discreta* (2). Elle souligne le rapport entre cet acte et l'aveu. Ni les commentaires d'Abbas Antiquus ni l'*Apparatus* d'Innocent IV n'indiquent cette relation (3). C'est donc assez tardivement que le *cap. si cautio* fut englobé dans la théorie générale de l'aveu. Le plan des commentaires indique la transformation. Les Décrétalistes du XIII^e siècle, traitent de la *confessio* à propos de notre texte. A partir du XIV^e siècle, la tradition contraire s'établit. Antoine de Butrio remarque que la place du *cap. si cautio* n'est pas au titre de *fide instrumentorum* mais au titre de *confessis* (4). C'est en ce lieu que Bohic l'étudiera (5).

(1) Vincent d'Espagne, *App. in Decret. Greg. IX*, Bib. Nat., ms. lat. 3967, f^o 94 v^o col. 1 ; sur les mots *tenetur ostendere* du *cap. si cautio* : *Videtur hoc non posse stare quia si concessi itus (?) vel servitutem per fundum, non determinata parte et fundus serviet et quaelibet pars*. Voir aussi sur les mots *si cautio indeterminate* : *non specificando quia dixit solvam ea quae debeo non specificans causam*.

(2) Gl. *sed si causam*, X, 2, 22, 14.

(3) Innocent IV, *Super Decretales*, loc. cit.; Abbas Antiquus, *Super Decretales lectura*, loc. cit.

⚪ (4) Antoine de Butrio, *Commentaria in Decretales*, X, 2, 22, 14.

⚪ (5) Boich, ¶ *In Decretalium libros commentaria*, X, 2, 18, 3.

*

Dans la doctrine commune, par suite du rapprochement entre la *confessio obligationem inductiva* et la *confessio probatoria*, tout aveu pouvait être regardé comme un acte créant une obligation. Ce n'était plus seulement comme chez les Romanistes la *confessio mului* qui sous le nom d'*obligatio lilleris* était mise au rang d'un contrat; c'était toute espèce d'aveu, inspiré par une cause quelconque, fût-ce par une intention libérale, qui devenait obligatoire.

Cette doctrine, tirée de la Glose des Décrétales, était trop large. Elle suscita une réaction très vive de la part de Boich, qui revint à la conception des Romanistes : seul l'aveu doublé d'une *promissio* peut créer une obligation. L'argument essentiel que notre auteur invoquait, à savoir le nombre limité des contrats, ne devait pas toucher les Canonistes (1). Aussi, la théorie de Boich n'eut aucun succès sous sa forme tranchée (2). On se borna à limiter les conséquences tirées du *cap. si caulio*.

En soi l'aveu est une déclaration unilatérale. Lui reconnaître la vertu d'obliger, n'est-ce pas donner force à la déclaration unilatérale de volonté? Il n'est pas douteux que certains Canonistes aient eu ce dessein : l'équité commande d'examiner seulement l'intention de celui qui promet (3).

(1) Boich, *Ibid.* : *Ubi confiteor me teneri tibi in decem, ista confessio continet enuntiationem, non autem dispositionem; sed de jure, verba enuntiativa non inducunt obligationem... Praeterea certi sunt modi inducendi obligationem, iste non est de illis... Ad hoc ut aliqua obligatio inducatur, requiritur aliqua dispositio quae non est hic, sed inducit probationem tantum.*

(2) La plupart des Décrétalistes du xiv^e siècle distinguent la *confessio* simple, et la *confessio cum promissione*; mais ils reconnaissent à la *confessio nuda* toute efficacité. Voir, par exemple, Antoine de Butrio, *Commentaria in Decretales*, X, 2, 22, 14 § 3; Felinus Sandeus, *Commentaria*, *ibid.*

(3) Jean de Ananie, *Super secundo Decretalium*, X, 2, 22, 14 : *Dicit tamen hic dominus Anto (Antoninus) quod non credit quod istud procedat de equitate canonica, secundum quam respicitur sola mens loquentis seu confitentis... Et istud sequitur etiam dominus Jo. de. Im. (Johannes de Imola) hic.*

Mais cette théorie ne triompha pas, et l'aveu fut conçu sur le modèle de la stipulation romaine. La Glose des Décrétales avait déjà rapproché ces deux actes (1). Elle exigeait la présence des parties; c'est un point sur lequel la doctrine ultérieure ne varia pas (2). De même, l'échange des paroles fut requis, mais aucune forme ne fut imposée; il se mua en une promesse acceptée par l'autre partie (3). Abbas Antiquus, déjà, prétendait qu'à la suite de toute promesse, il y avait un consentement tacite du bénéficiaire (4). La plupart des commentateurs étendirent cette exigence au cas où la cause de la promesse était l'intention de donner; il fallait toujours l'acceptation du bénéficiaire futur de la libéralité. Il n'y eut exception qu'en faveur des *piae causae* (5).

Telle est la « figure » définitive que prit dans la doctrine canonique cette source nouvelle d'obligation qu'est devenue la reconnaissance de dette (6).

III. — La pratique canonique

Quel fut le succès de ces doctrines savantes dans la pratique des officialités en France? Il faut presque se résigner à laisser la question sans réponse. Les rares documents judiciaires qui viennent des Cours d'Eglise sont à peu près muets sur ce sujet; quant aux formulaires factices

(1) Gl. *sed si causam*, X, 2, 22, 14 : *Item quid si me absente confiteatur se mihi debere ? Talis non nocet ad instar stipulationis*.

(2) Hostiensis, *Commentaria in Decretales*, X, 2, 22, 14. Pierre de Ancharano, *In Decretales commentaria*. loc. cit.

(3) Panormitain, *Interpretationes in Decretales*, X, 2, 22, 14 § 3.

(4) D'après Karslen, *op. cit.*, p. 206.

(5) Antoine de Butrio, *Commentaria in Decretales*, X, 2, 22, 14 : *Precedente debito naturali vel stimulante conscientia, vel pio loco, licet non efficaci, quis confitetur se debitorem, quia hic nudus consensus producit obligationem saltem constituti*.

(6) Voir sur le sens de cette doctrine, G. Le Bras, dans Capitant, *De la cause des obligations*, *op. cit.*, p. 140 et s.

à l'usage d'une juridiction, il est malaisé de déterminer si les exemples qu'on y relève sont proposés comme des modèles, ou s'ils reflètent fidèlement l'usage. Il en est de même des nombreuses formules recueillies par Guillaume Durand au livre IV du *Speculum*. Sous réserve de ces observations essentielles il est possible d'apporter quelques compléments à notre étude des doctrines canoniques. On constatera que la mention de la cause parut une si bonne précaution qu'elle pénétra dans des actes, d'usage très courant, comme la *confessio in jure*, qui d'après la doctrine constante y étaient soustraits.

Les exemples de libelles donnés par le Spéculateur font allusion à la *causa debili*. Il ne semble pas qu'une formule précise ait été de mise; parfois le demandeur développe très librement la raison de sa demande. Nous constatons aussi que cette règle a pour conséquence l'exclusion de la *petitio* fondée sur la promesse abstraite : *conqueror de P. qui promisit mihi solvere 10...ex tali causa* (1). La pratique s'est-elle ralliée à cette règle si largement diffusée par les formulaires? Nous avons la preuve précise qu'il en fut ainsi, d'après un libelle admis en une instance véritable, et transcrit en marge des *libelli* de Roffrede Epiphane, comme pour illustrer l'exemple donné par l'auteur (2). Quant aux positions, il semble que chaque partie y doive faire rappel de la *causa debili*. C'est du moins ce que suggèrent les formules contenues au *Speculum* (3).

Beaucoup plus intéressants sont les *instrumenta* et les

(1) G. Durand, *Speculum*, liv. IV, Part. I § 7, 1.

(2) Voir Caillemet, *Quelques libelli de la France du Nord* (XIII^e-XIV^e), Mélanges Gérardin, Paris, 1907 pp. 61-74.

(3) G. Durand, *Speculum*, lib. IV, Part. III, § 6, 3 : *Positio Actoris : Pono quod tibi decem dedi ul Capuam ires... Item quod causa illa fuit possibilis et honesta... Item est quod fuit finalis, alias enim non eram daturus... 6, Positio Actoris : Pono quod tibi promisi sine causa. Item quod causa propter quam promisi, facta est injusta.*

recognitiones debili. Malheureusement il est assez difficile de conclure de l'acte notarié véritable dont nous avons des exemples dans les formulaires, presque tous inspirés de la pratique italienne, à l'acte sous sceau d'officialité, qui fut longtemps seul connu dans la France coutumière (1). Les explications des Canonistes relatives à la *scriptura publica* devaient-elles s'appliquer à ce dernier? Ne fallait-il pas au contraire l'interpréter comme un aveu de dette *coram iudice*? On sait que telle était l'interprétation courante destinée à rendre raison de sa force probante. Logiquement, avec cette explication, le cause aurait dû disparaître de son dispositif. Il semble qu'il n'en fut absolument rien au moins d'après les quelques exemples (2) qu'il nous a été possible de retrouver. Telle personne se reconnaît débitrice pour compte fait à la suite de dépenses de taverne (3), pour prêt d'argent (4), pour service rendu (5), pour composition à la suite d'un délit (6).

En dehors de ces cas, la question de la force de la *confessio in iudicio*, partie absente, fut discutée devant l'officialité de Toulouse; elle ne touche pas à la question de la cause (7). Enfin, l'aveu testamentaire causé oblige les héritiers du testateur (8).

(1) P. Fournier, *Les officialités*, op. cit., p. 51, 296-299.

(2) Nous n'avons pu, à notre grand regret, entreprendre le dépouillement de formulaires d'officialité, à l'exception du formulaire de Guillaume de Paris.

(3) *Registre de l'officialité de Cerisy* (éd. Dupont), n° 250 bis, c, 1369; n° 251 c, 1369, n° 255, c, 1369.

(4) *Ibid.*, n° 259 b.

(5) *Registre des causes civiles de l'officialité épiscopale de Paris* (1384-1387) (éd. Petit), p. 2 (17 nov. 1384).

(6) *Ibid.*, p. 13 (17 décembre 1384).

(7) *Decisiones Capellae Tolosanae* (éd. Corserius) *Questio* 349.

(8) *Decisiones Capellae Tholosanae* (éd. Corserius), *Questio* 211 : *Item fuit quesitum si Titius in suo testamento recognovit se debere Martino centum ex causa mutui : an dictus Martinus mortuo Titio possit agere vigore dicti testamenti contra heredes dicti Titii. Conclusum fuit quod sic, vigore tacite dispositionis, quae est in dicta recognitione quae est sic dari volo.*

*

Ainsi, les Canonistes venaient de créer un contrat nouveau : la notion de cause avait permis cette construction. Il y a là l'annonce d'un effort plus considérable, tendant à fortifier tout accord de volonté sérieux, ce dernier débordat-il sur les cadres romains.

CHAPITRE III

LA CAUSE DANS LE PACTE NU

Tant qu'ils se bornaient à compléter les décisions de la loi romaine, par des prescriptions s'adressant à la conscience des fidèles, les canonistes ne soulevaient pas d'opposition. En punissant le péché qui naissait de la violation de toute promesse, ils n'attaquaient à aucun principe de droit civil. Ne dépassaient-ils pas, au contraire, leur rôle lorsqu'ils prétendaient instaurer une règle juridique, contraire au droit romain, telle que celle-ci : *ex nudo pacto actio nascitur*? Aucun intérêt moral ne s'attachait à l'admission d'une action sanctionnant le pacte nu, puisque l'Eglise châtiât par des peines disciplinaires le manquement à la parole donnée, et qu'au besoin il était permis à un juge *ex officio suo* d'accorder un moyen de contrainte contre le débiteur récalcitrant (1). De plus, on était mal fixé sur les prétentions canoniques : ne visaient-elles pas à supplanter les règles romaines relatives aux contrats innommés, voire aux actes formels? Comme dans tout contrat, il y a un pacte, au lieu de recourir à l'action civile ordinaire, le créancier ne peut-il intenter la *condictio ex canone*? La loi romaine courait le risque d'être entière-

(1) C'est la théorie d'Huguccio, V. G. Le Bras, dans Capitant, *De la cause des obligations*, op. cit., p. 138, note 4, Spies, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, op. cit., p. 35 et suiv.

ment abolie; aussi les canonistes s'efforcèrent-ils, au cours du XIII^e siècle de délimiter le champ de leur doctrine.

Mais ce premier danger écarté, d'autres inconvénients subsistaient. Tout accord de volonté, quel qu'en soit le fondement, allait-il donner naissance à la *condictio ex canone*? Les auteurs trouvèrent dans la notion de cause une limite opportune à leur principe : *Ex nudo pacto actio nascitur*. Par là, la doctrine canonique perdait son caractère choquant. Elle ne prétendait plus se substituer à la théorie romaniste, mais, plus modestement, compléter celle-ci. Elle ajoutait un *vestimentum* nouveau, aux traditionnels *pacta vestita*.

I. — Les rapports entre la théorie canonique du pacte nu et la doctrine des Romanistes

L'étude approfondie des textes canoniques a conduit aux résultats suivants (1) : il n'y eut, à aucun moment, entre les auteurs unanimité sur la nature de la sanction du pacte nu; on constate même, à la fin du XIV^e siècle et au XV^e siècle une tendance à contester l'*opinio communis*, représentée par la Glose de Jean l'Allemand, d'après laquelle le simple pacte est sanctionné par une action. De plus, la doctrine canonique, même sous sa forme la plus absolue, ne détruit pas le système romain des pactes vêtus.

Ce demi-échec ne peut s'expliquer que par l'autorité et la souplesse des théories romanistes, qui répondaient à tous les besoins, et le caractère dangereux de certaines solutions canoniques. Les difficultés qui s'élevèrent entre Romanistes et Canonistes tournèrent à l'avantage des premiers. On comprend aisément qu'il en ait été ainsi. Les *vestimenta pactorum* complétés par l'utilisation des règles du constitut étaient si larges, qu'en fait il n'y avait

(1) C'est la conclusion de l'ouvrage de M. Spies, *op. cit.*

guère d'accord de volonté sérieux qui ne fût judiciairement reconnu. A plusieurs reprises, les Romanistes se demandèrent : y a-t-il encore des pactes nus ? Ils rejetèrent dédaigneusement dans cette catégorie tous les contrats qu'une irrégularité de forme empêchait d'être sanctionnés. Mais leur attitude varia.

*

Jamais la doctrine romaniste n'entama la lutte contre les théories canoniques, même quand celles-ci contredisaient la loi romaine. Elle se contenta seulement de garder jalousement toutes ses positions, faisant remarquer le peu d'intérêt des idées canoniques, voire leurs dangers. Elle parvint à ébranler l'intransigeance des premiers Decrétales.

Les Glossateurs auraient été bien gênés pour entreprendre la critique des doctrines canoniques. Hostiensis venait de montrer, en des invectives dont le souvenir dura longtemps, l'incohérence de la classification des *vestimenta pactorum* (1). Il ne faisait qu'amplifier le raisonnement de son maître, sans doute Jacques Balduin, qui, au sein même des Romanistes, attaquait la Glose.

L'œuvre la plus urgente était de réparer les brèches portées à la doctrine classique. Hostiensis avait tracé la voie, en proposant de réduire le nombre des *vestimenta* (2). Nous savons que ce fut une des grandes tâches de l'Ecole des Dialecticiens français (3). Celle-ci n'hésita pas à rompre

(1) Hostiensis, *Summa*, I, de pactis, § 3 : *Vestitur autem pactum sex modis secundum Jo. (Johannes Bassianus) et Azonem... Sed miratur dominus meus de domino Azo et plus miratur de do. Jo. (Johannes Bassianus) qui subtilioris ingenii fuit, quomodo tantum errorem approbare potuerint.* V. Spies, *op. cit.*, p. 61.

(2) Spies, *op. cit.*, p. 63. Hostiensis admet deux *vestimenta* : la *cohaerentia contractus* et l'*interventus rei*.

(3) Voir *supra*, p. 112

avec la Glose, pour ne reconnaître que deux *vestimenta pactorum* : l'*interventus rei*, la *coherentia contractus*. Forts d'une doctrine plus cohérente, nos auteurs soulignèrent avec avantage toutes les différences qui les séparent des canonistes. Ils étaient d'ailleurs, en règle générale, assez hostiles à ces derniers. Jacques de Revigny ne manque pas l'occasion de remarquer que si le serment est une source d'obligation en droit canonique, il n'a pas d'effet comparable en droit civil; il ne peut même pas valider une renonciation. Que la Décrétale soit conservée *in foro suo* (1), conclut-il. De même, il ne cède jamais devant la doctrine canonique, dans les actes de procédure.

Peu après, certains auteurs s'inquiétèrent de la portée véritable de la règle : *ex nudo pacto actio nascitur*. La Glose découvrait encore de nombreux exemples de pactes nus, et l'opinion ordinaire des Docteurs, distinguait deux grandes variétés parmi ces derniers. Tantôt, le pacte nu était une stipulation inversée, la réponse précédant l'interrogation, tantôt, il était un accord volontairement demeuré dans la catégorie susdite. Bref, c'était, soit un acte formel irrégulier, soit une convention que la fantaisie des parties condamnait à rester sans effet. Le second cas était purement théorique; dans le premier, le pacte nu était un déchet d'une catégorie civile.

Ce sont ces deux hypothèses — les seules où puisse jouer la règle canonique — que Guillaume de Cunéo propose de supprimer. Aujourd'hui, écrit-il, on ne trouve plus de pacte nu : ou une convention a lieu en vertu d'une cause antécédente véritable et elle est valable par suite de l'application des règles du constitut; ou elle ne repose

(1) Jacques de Revigny, *Commentaria in Cod.*, Bib. Nat., ms. lat., 14350, f° 404 r° col. 1 : *Sed per pactum non posset renuntiari, quare nec per juramentum? Decretalis videtur dicere contrarium, quia omne juramentum servandum [est], nisi vergat in detrimentum salutis eterne. Sed decretalis servetur in foro suo.*

sur aucune cause antécédente, et suivant la présomption de la Glose, elle doit être regardée comme une donation. Ne nous inquiétons plus du pacte nu, conclut-il (1). Cette opinion se répandit vite; Albericus de Rosciate la rappelle : *non est hodie curandum de pacto nudo* (2). La doctrine canonique perdait tout intérêt.

Il s'en faut néanmoins que tous les Romanistes aient partagé cette opinion extrême. Bartole admet qu'il y a encore des pactes nus. Cette persistance explique que dans les premières années du xve siècle, on trouve, dans l'œuvre de Jean de Macon, une critique de la thèse canonique, soulignant tous ses dangers : s'il est possible de s'obliger par un simple accord de volontés, sans aucune forme, n'est-il pas à craindre que les hommes ne soient portés à s'engager trop facilement, et qu'ils ne soient trop souvent déçus, croyant que la personne envers qui ils s'engagent n'a pas accepté (3)? La loi civile qui réclame une forme est sage; d'ailleurs elle est peu exigeante, la forme n'est que le signe d'une volonté bien arrêtée et mûrement réfléchie (4).

(1) Guillaume de Cunéo, sur *D.*, 2, 14, 7, 2: *Glosa querat quid est pactum nudum? Et quidam dicunt quando aliquis promittit sine interrogatione et glosa reprehendit istos sed ipsi bene dicerent quod pactum nudum est quando aliquis promittit sine interrogatione et alter consensit. Doctores dicunt quod pactum nudum est quod nuda conventionione paciscentium nititur nec aliquo adminiculo confirmatur, sed ostendo quod hodie non sit dare pactum nudum quia aut pactum fit ex causa precedente et tunc aut ex vera causa, et datur accio de constituta... Aut causa erat falsa et tunc non est querendum an ex illa causa agatur, ... Aut nulla causa praecedat et tunc videor donare... Ergo non est querendum de pacto, quia agitur quantum ad donacionem.*

(2) Albericus de Rosciate, *Super Digestis*, *D.*, 2, 14, 7, 2 : *Ergo non est hodie curandum de pacto nudo cum hodie ex donatione agatur.*

(3) Jean de Macon, *Lectura super quattuor libros Institutionum*, Bib. Arsenal, ms. 695, f° 61 r° col. 2 : *Ideo forte quia simplici pacto homines nimis facilius se obligantur et quia facilius decipiuntur, promittentes credentes quod ille cui promittunt non accipiet. Quod non est quando interrogatio praecedat.*

(4) Jean de Macon, *Traité de droit*, Bib. Mazarine, ms. 1416, f° 185 v° col. 1 : *Quid si rustici paciscuntur interrogatione praecedente et responsione*

Mais cette opinion était trop absolue. Dès la seconde moitié du ^{xiv}e siècle, un canoniste était parvenu à écarter les plus gros risques que faisait courir la doctrine canonique, tout en respectant celle-ci.

II. — La cause du pacte

Pour couper court aux critiques des Romanistes, Balde imagine de faire revivre une doctrine, empruntée, d'après ses propres dires, à Innocent IV et passée inaperçue (1). C'est la théorie du *pactum cum causa*. L'expression ne nous est pas inconnue; nous l'avons rencontrée sous la plume des Romanistes, des Irnériens, et nous savons qu'elle vise chez eux le contrat innommé, c'est-à-dire la convention bilatérale, dans laquelle une partie a déjà exécuté soit une *datio*, soit un *factum*. L'idée de Balde ne serait-elle qu'une réminiscence romaine? Il est certain que notre auteur cite à l'appui de sa doctrine plusieurs textes romains où la cause est comprise dans le sens que nous venons d'indiquer (2). De plus, des Décrétalistes postérieurs à Balde semblent voir dans sa théorie une survivance des règles romaines (3).

sequente nescientes quid est stipulatio et qualiter fit et non habentes animum contrahendae stipulationis? Dic quod est stipulatio quia ex eo quod precedi interrogatio apparet de animo promittentis (?) ut dictum est... et habent animum contrahendi stipulationem in genere licet non in specie, quia nescient quid est stipulatio.

(1) Balde, *Lectura super tres primos libros Decretatum*, X, 1, 35, 1 v^o *pacta custodiantur*, n^o 5 : *Inno (Innocent IV) intelligit istud capitulum cum distinctione vocis civilis et bene ubi pactum requirit causam extrinsecam ut ff. de praescr. verbis. l. naturalis (D., 19, 5, 5) et C. de rerum perm., l., ex placito (C., 4, 64, 3). Sed ubi habet causam extrinsecam ut liberalitatis, pacis et concordiae, tunc pactum est omnino servandum ut hic.*

(2) On peut remarquer l'interprétation que Balde donne de la doctrine d'Innocent IV : il lui semble qu'elle applique une distinction romaine; voir dans le texte précité, note 1, les mots : *cum distinctione juris civilis et bene.*

(3) Voir, par exemple, Zabarella, expliqué par Spies, *op. cit.*, p. 103, n. 3.

Certains textes toutefois suggèrent une interprétation plus large. Il est inutile de maintenir la division des pactes en pactes nus et en pactes vêtus, étant donné que toute convention est susceptible de devenir obligatoire, si elle repose sur une cause valable. Tel sera, par exemple l'accord conclu dans l'intention de faire une donation, ou d'assurer la paix et la concorde (1). Bref, toute *causa*, qui serait de nature à donner à la stipulation une pleine efficacité, peut servir de soutien au pacte simple. (2). Balde, nous l'avons vu, a plusieurs fois qualifié la cause de la stipulation de « *finalis* » (3).

Mais que devient dans les faits, cette règle apparemment si générale? A-t-elle vraiment supplanté la doctrine romaine? Il est certain, on l'a déjà remarqué, que plusieurs conventions, que les Romanistes refusaient de valider *de plano*, sont, en raison de leur but, reconnues obligatoires. Il en est ainsi de la convention de partage (4), et vraisemblablement de celle qui tend à mettre fin à une guerre ou à rétablir l'ordre. Là s'arrête la liste des conventions inefficaces *jure civili* et que le droit canonique déclare obligatoires en raison de leur cause.

Partout ailleurs, Balde laisse subsister les formalités requises par la loi romaine. Tel est le cas pour le cautionnement, le compromis, la transaction (5). Dans les deux premiers contrats, il est nécessaire de recourir soit à la

(1) Balde, texte précité, p. 179 n. 1, et suite : *Non distinguunt (canonistae) inter nuda (pacta) et vestita quia nec Deus nec bona conscientia distinguit.*

(2) Balde, *ibid.* : *Dummodo talis causa subsit quae esset deducibilis in stipulationem.*

(3) Un texte qualifie de *ratio* la cause de la stipulation, *In Decretalium volumen commentaria*, X, 2, 22, 14 : *Abusiva est stipulatio quae ratione caret.*

(4) Balde, *In I-XI codicis libros commentaria*, C., 3, 36, 15 : *Ex pacto nudo divisionis non oritur actio nec transfertur dominium nisi traditione secuta... Sed jure canonico oritur actio ex nudo pacto dummodo habeat causam sicut habet hic causam divisionis.* (D'après Spies, *op. cit.*, p. 83, note 1.)

(5) Voir sur ces trois actes, les textes cités par Spies, *op. cit.*, pp. 85, note 4, 86, notes 1 et 3.

stipulation simple, soit à l'expédient de la *stipulatio poenae*. Quant au dernier, il rentre dans la catégorie de contrat innommé, *facio ut des*; il suppose donc un abandon véritable de droit litigieux, susceptible d'être regardé comme un *factum*, mais Balde entend cette notion du *factum*, beaucoup plus largement que ne le faisait la Glose qui interprétait la transaction comme un *do ut des* (1). Il reste que la promesse de transiger, qui demeure dans les limites de la simple convention n'est pas obligatoire. Avec quelle faveur cependant n'aurait-on pas dû la traiter ! N'était-elle pas un exemple de ces contrats qui tendent à rétablir l'ordre et que légitime leur but ? Mais la règle posée par Balde est ferme. Il ne faut pas que l'extension donnée exceptionnellement au mot *causa* soit un prétexte pour éluder l'*implementum rei* préalable : *contractus innominati etiam de jure canonico non pariunt actionem nisi per implementum* (2). Ce serait manquer à l'équité que de valider un pareil contrat resté à l'état de pure promesse (3). Ce n'est pas que dans cet acte la cause au sens de but final n'existe pas, mais elle est distincte, — Balde prend soin de le remarquer, — de la *causa producens actionem* (4).

(1) Balde, *Praelectiones in Cod.*, C., 2, 4, 28. Balde réfute l'opinion de la Glose, et revient à celle de Bulgarus : la transaction est un *facio ut des*; mais quand l'abandon du procès sera-t-il regardé comme un *factum* suffisant ? Il faut regarder l'intention de la personne qui transige, ou mieux la fin *ad quam contractus ordinatur*. Est-elle désirée sérieusement ? Ou bien n'est-elle que factice ? Aujourd'hui je transige et demain je suis prêt à recommencer le procès. Dans ce cas, le *facio* n'est pas valable.

(2) Balde, *Praelectiones in Cod.*, 2, 4, 28, § 4.

(3) Balde, *In Decretalium volumen commentaria*, X, 1, 35, 1 : *Ex nudo pacto quod habet in se equitatem prestationis oritur de jure canonico naturalis et canonica obligatio et per consequens actio*; *Praelectiones in Cod.*, C., 1, 18 10 § 17 : *Si autem non haberet in se equitatem praestationis ut in contractibus innominatis ante impletionem... tunc etiam de jure canonico non oritur, actio : quia non est ibi naturalis obligatio*.

(4) Balde, *Tractatus de pactis*, 7 : *Sed eventus et impletio a qua contractus innominati denominantur est mater et causa obligationis et actionis. Et ideo*

Ainsi, loin de supprimer ou de rendre inutiles les c'as-sifications romaines, la nouvelle doctrine du pacte causé ne fait que s'y superposer. Pour ne laisser aucun doute sur sa pensée, Balde écrit : *Unde tu canonista addis vestimentum quod appellatur vestimentum roboris* (1). Cette explication fait tomber toutes les critiques des Romanistes, car ce n'est plus un pacte nu que sanctionne le droit canonique, mais un pacte vêtu, comparable aux anciens contrats et comme eux strictement délimité. La simple convention qui n'est pas inspirée par une cause acceptée par le droit, est toujours privée de sanction, et nous ne connaissons que deux exemples de ces causes privilégiées, absolument étrangères au droit romain : la convention qui tend à mettre fin à une indivision, et la convention de paix.

*

Nous pouvons mesurer l'effort des canonistes. On peut dire qu'il a tendu à faire prédominer le respect de la volonté véritable des parties sur son expression apparente (2), mais il n'a pas réussi à éliminer les débris du formalisme romain.

Il y a encore une ombre au tableau. C'est la résis-

cum haec causa sit de futuro ipso jure non producit actionem antequam ipsa quae est actionis mater producat. 23 ... dico quod causa praesentis obligationis non potest esse de futuro... sed causa future obligationis bene potest esse de futuro, dummodo praeveniat tempus sui effectus : et ita modo loquimur in contractibus innominatis... et haec de causa producente actionem. Sed causa non producens sed movens animum ad aliquid contrahendum adhuc est necessario de praeterito imaginata.

(1) Balde, *Lectura super primos libros Decretalium*, X, 1, 35, 1.

(2) C'est la volonté qui en dernier ressort décide du caractère d'un acte juridique. Cette conception gagne à partir du xve siècle les derniers Bartolistes. Elle sert de base à l'interprétation de tous les contrats et de toutes les déclarations unilatérales de volonté. V.J. Menochius, *De presumptionibus conjecturis et indiciis commentaria*, 4, 5, 3; 7, 5, 18, et surtout 29, 3, 41; F. Mantica, *Tractatus de conjecturis ultimarum voluntatum*, 6, 13.

tance imprévue, opposée par la catégorie romaine des contrats innommés et la survie intégrale de ceux-ci. Aussi le dernier effort des canonistes est-il de chercher un compromis entre l'idée irrénienne de la *causa naturalis* et le principe absolu de l'efficacité du pacte nu. Ni au xiv^e, ni au xv^e siècle, le droit canonique n'est parvenu à triompher des Romanistes. C'est pourquoi la cause garde encore un double sens, le sens ancien de *datio* ou *factum*, le sens nouveau de but final, voulu par les contractants.

Il n'y a que le droit français qui, à partir du xvi^e siècle, ait vu peu à peu reculer la plus vieille de ces significations.

DEUXIÈME PARTIE

**Les actes causés et la théorie de la cause
dans l'ancien droit français**

INTRODUCTION

On méconnaîtrait l'importance du droit français dans la formation de la théorie de la cause, telle qu'elle est consignée dans les articles de notre Code civil, si l'on croyait à une réception des doctrines savantes, en France.

Sans doute, depuis le ^{xiii}e siècle, la littérature coutumière est envahie par les idées romano-canoniques, et la cause y fut importée. Mais, détachée des subtilités de l'école, adaptée à des hypothèses qui n'étaient plus romaines, elle se déforme et s'assouplit. Elle reste pourtant, durant trois siècles, dans la voie tracée par le droit romain. C'est à partir du ^{xvii}e siècle seulement, que la doctrine transforma la technique des contrats. Elle ne se contenta plus de choisir et d'utiliser des matériaux d'emprunt; elle s'efforça d'élever un système sur des bases neuves. L'autorité du droit romain, ébranlée par la critique historique, s'effaça devant l'ordre naturel révélé par la raison.

Notre théorie est un exemple frappant de cette évolution. Ne connaissant plus les bornes que lui imposaient des classifications surannées, elle devient commune à tous les contrats. Son centre se déplace : elle gravitait autour des preuves; elle tient maintenant à la formation des conventions. La synthèse est achevée au ^{xviii}e siècle; elle passera, sans changement, dans le Code Civil.

Ainsi l'histoire de la cause dans le droit français comprend-elle deux périodes très distinctes. Jusqu'au ^{xvi}^e siècle, elle se résume dans la pénétration des idées savantes dans nos Coutumes et leur contact avec une pratique souvent hostile. Dès le ^{xvi}^e siècle, au contraire, et durant le ^{xvii}^e siècle, la doctrine mise en branle par la jurisprudence, tente de fixer les éléments primordiaux des contrats ramenés à quelques types. La cause est une de ces données naturelles.

SECTION PREMIÈRE

Les actes causés jusqu'au XVI^e siècle

En ouvrant à l'acte causé le champ de la procédure la doctrine romano-canonique avait rétabli une espèce de formalisme qui n'était pas sans danger. Ses précautions multipliées étaient autant d'embûches pour le demandeur ignorant ou trahi par son avocat, autant d'échappatoires pour le débiteur habile. Dès le milieu du XIII^e siècle, Nepos de Montauban avait catalogué tous les subterfuges qui s'offraient à ce dernier : exciper du défaut de cause du libelle, de l'écrit, du témoignage, etc. (1). Cette protection trop savante finit par devenir illusoire. Pour échapper au risque d'une annulation, le créancier fit renoncer son débiteur à toutes exceptions, procédurales ou péremptoires, touchant, fût-ce de loin, à la cause. L'excès de précaution se retournait contre son but.

Pourtant, l'acte causé était une conquête utile. La pratique luttait moins contre lui, qu'elle ne se défendait contre les raffinements d'une doctrine dont la subtilité déroutait. Pouvait-elle être directement hostile à un procédé qui garantissait le caractère sérieux d'une obliga-

(1) Nepos de Montauban, *Libellus fugitivus*, tit. 2 : *Item potest opponi instrumento quod non valet nisi in ipso ponatur causa debendi... Item si (libellus) non contineat causam petendi... non valet... Illi libello non teneor respondere, in quo tu petis a me aliquid actione ex stipulatu, nisi ponas ibi causam stipulationis... Item testis non valet, nisi reddat causam sui dicti.*

tion, alors qu'éclataient ces tendances qui animèrent certains de nos coutumiers de la fin du ^{xiii}e siècle et du ^{xiv}e siècle et leur firent désirer une protection complète des contractants contre la fraude, le dol, la tricherie? La recherche du but économique et moral d'une convention ne venait-elle pas renforcer le système? D'ailleurs qu'étaient les périls que pouvaient susciter l'adoption d'une théorie modérée de la cause, en comparaison des surprises que le vieux formalisme de la procédure et des contrats risquait de provoquer (1)? Mais, il ne suffisait pas d'en secouer l'armature désuète car on serait tombé dans tous les dangers d'une liberté contractuelle sans contre-poids, il fallait découvrir des procédés susceptibles de le remplacer. La cause fut un de ces succédanés de la forme.

Sans doute, nos coutumiers n'eurent pas toujours une conscience nette du rôle qu'ils donnaient à la cause. On hésite encore sur la portée qu'ils attribuèrent à des adages tels que « convenance vaint loi », « convenance fait le marché ». Sont-ils révélateurs d'un droit nouveau ou trahissent-ils une influence latente des idées romano-canoniques sans portée pratique (2)? C'est un fait que d'anciens modes de contracter survivent. Est-il étonnant que n'ayant pu s'élever à une conception qui fit du principe *solus consensus obligal* le centre de leur théorie des contrats, nos coutumiers n'aient pas su montrer clairement le secours qu'ils demandaient à la cause? C'est encore en suivant les précédents du droit romain, dans des actes qui touchent à la procédure et aux preuves, qu'ils étudient le rôle de notre théorie. Mais les distinctions des doctrines

(1) Sur les dangers du formalisme procédural, voir H. Brunner: *Wort und Form im altfranzösischen Process*, dans les *Sitzungsberichte der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften*, 1867, pp. 661- 780.

(2) Voir, en dernier lieu, sur cette question, Spies, *op. cit.*, p. 143 et s., qui croit à la reconnaissance progressive des contrats consensuels romains, à partir du ^{xiii}e siècle, mais non à la reconnaissance du simple pacte.

savantes se greffèrent lentement sur ce fonds primitif qui n'avait été touché par l'influence romaine que par l'intermédiaire d'une littérature populaire, vulgarisant les idées de l'école (1). Celles-ci n'apparaîtront au cours du xiv^e siècle que dans quelques œuvres, plus ou moins remaniées, comme la Somme rurale; mais elles pénètrent à peine dans la masse des droits locaux. Au xv^e siècle, les gloses sur les coutumiers témoignent de leur propagation; la plate compilation de Jacques d'Ableiges rapporte les errements d'une pratique marquée de l'empreinte de la procédure canonique, sans s'élever à aucune vue d'ensemble.

Ce n'est pas à nos Coutumiers, si l'on excepte Beaumanoir, qu'il faut demander une conception approfondie de la cause.

(1) Sur l'influence qu'ont pu exercer les traductions françaises de textes de Justinien, voir en dernier lieu, Félix Olivier-Martin, *Les Institutes de Justinien traduites en français* (*Positions de thèses soutenues à l'Ecole des Chartes*, 1927).

CHAPITRE UNIQUE

STATUTS, COUTUMIERS ET PRATIQUE

Quel devait être le sort de notre théorie dans la France du XIII^e siècle? On pourrait s'attendre à trouver l'idée de cause bien vivante dans les pays de droit écrit. A cette date, la réaction contre l'influence justinienne s'est atténuée; mais il n'y a pas eu une romanisation complète des statuts locaux. Il s'en faut que ceux-ci admettent des solutions toujours conformes aux lois impériales. Quant aux coutumes du Nord, la cause devait y connaître une évolution plus complexe. Confondue d'abord, plus ou moins complètement, avec la prestation qui rend obligatoire une convention, elle apparaît dans un sens nouveau dès la seconde moitié du XIII^e siècle, et se rapproche peu à peu des doctrines savantes au cours du XIV^e et du XV^e siècle.

I. — Les usages du Midi.

Rarement originaux, les usages des villes du Midi témoignent cependant de la plus entière indépendance à l'égard de la loi romaine.

A Toulouse, l'acte écrit non causé est reconnu valable, à titre d'instrument de preuve, quelle qu'en soit la nature, écrit privé ou écrit public (1). Toutefois, la mention de la

(1) Coutume de Toulouse, (éd. Tardif) I, 18, § 44 : *Usus est Tholose quod instrumenta debitorum valent, quamois non contineantur in instrumentis cause pro quibus debentur debita.*

cause offre un double avantage. L'*exceptio non numeratae pecuniae* ne peut être soulevée contre un écrit public qui contient la mention d'un *muluum*, réellement effectué (1). D'autre part, un obstacle de procédure, s'oppose à la pleine reconnaissance de la validité de l'acte abstrait. Si un juge ne peut de lui même exiger d'un créancier, qui se prévaut d'un titre abstrait, la déclaration de la cause de sa créance, le débiteur peut réclamer l'énonciation de cette dernière : le créancier est tenu de répondre, même précisent les statuts, si l'*instrumentum* ne révèle pas la *causa debili*. Mais sa réponse suffit, il n'a pas de preuve à apporter; le juge s'en tient à la cause dite, et condamne pourvu qu'elle soit licite et honnête (2). C'est donc provisoirement seulement que la rédaction d'un écrit peut suppléer au défaut de mention de la cause. Si la querelle était venue à la suite d'une dette que ne constate aucun écrit, le créancier était, peut-être, tenu de déclarer la cause de la créance, *ab initio lilis* (3). Il est certain, par contre, que la mention et le caractère licite de la cause sont indispensables à la validité de l'aveu extra-judiciaire (sans doute lorsqu'un *instrumentum* n'est pas dressé), que l'aveu cons-

(1) *Ibid.*, I, 18, § 43 : *Quamvis debitor numerationem pecunie inficietur non tenetur creditor probare dictam pecuniam numerasse debitori, imo debet stari dicto instrumento de consuetudine Tholose.*

(2) *Coutume de Toulouse*, I, 10 § 17 : *Creditor non tenebitur causam debili declarare, nisi de hoc fuerit prius requisitus a parte debitoris, et si inde fuerit requisitus, tenetur creditor qui petit causam debili declarare, quamvis in instrumento debiti ponatur vel non apponatur causa debili... statur responsioni ipsius creditoris factae in iudicio et sub virtute prestiti iuramenti, dum tamen dicta causa sit licita vel honesta.* Sur la cause à Toulouse et à Montpellier, voir A. Tardif, *Le droit privé au XIII^e siècle d'après les coutumes de Toulouse et de Montpellier*, Paris, 1886, p. 74.

(3) *Ibid.*, I. c. : *Si creditor petat in iudicio aliquod debitum cum instrumento creditor non tenebitur causam debili declarare.* Ce texte ne doit s'entendre que de la demande de dette, mue à la suite d'une *carta*. Or, il est possible d'agir en exécution d'une créance *sine carta*; le créancier doit déclarer seulement qu'il agit *sine carta*; peut-être est-il obligé de nommer la *causa debili* l'écrit pouvant seul, par sa forme, faire présumer une dette réelle. Mais, c'est une conjecture que n'appuie aucun texte précis.

tate la réception d'une somme d'argent ou la création d'une dette par tout autre mode (1). Mais à Carcassonne et à Montpellier, pareille déclaration est réputée inutile si les parties sont présentes. La reconnaissance de dette, fût-elle abstraite, est valable (2).

A côté de ces statuts, très libres à l'égard du droit romain, tout un groupe de coutumes, les fors de Béarn, reflète fidèlement les interprétations de certains romanistes. C'est une conséquence de la diffusion du Codi, qui principalement sous la forme de la compilation tardive des Lois de l'Empereur, se maintint plus longtemps, dans notre région que dans sa patrie d'origine, la Provence. La cause y joue un rôle tant dans les actes unilatéraux que dans les actes synallagmatiques. Le débiteur qui nie la cause d'un écrit, oblige son adversaire à affirmer sous serment, l'existence réelle de celle-ci. La cause est identifiée par le texte, avec les « combentz », c'est-à-dire le *negotium* réel, opposé à la « Carta », c'est-à-dire au titre écrit (3). Il faut reconnaître que la question de la validité de l'acte sans cause n'est pas posée directement. Peut être, comme à Toulouse, l'écrit pouvait-il être rédigé sans contenir mention de la cause, et donner une action si le débiteur ne s'y opposait pas. Il est une vertu bien affirmée de l'écrit, c'est d'obliger un débiteur à accomplir la promesse, encore qu'il n'ait reçu aucune prestation;

(1) *Ibid.*, I, 16, §§ 26, 27, 28 : *Si aliquis confitetur extra iudicium alicui se debere ex aliqua causa honesta...*

(2) *Coutume de Montpellier* (éd. Giraud), art. 42 : *Si quis fuerit confessus se debere, presente creditore vel ejus procuratore, causam exprimat vel non, etiam extra iudicium valet.* Cf. *Coutume de Carcassonne*, art. 42.

(3) *Fors de Béarn* (éd. Mazure et Hatoulet), art. 112 : *Se auguns hom domana diers ab carta e y o die que autres combents m'ago a la carta far, eg me aura a jurar que aquegs combentz ne m'ago* : un homme me demande deniers avec titre, je dis que d'autres motifs (que ceux du prêt) m'ont porté à faire ce titre; le demandeur devra jurer qu'aucun autre motif ne m'a poussé à le faire.

cependant, la corrélation des prestations est de principe(1). Quant aux conventions dont la cause est illicite, ou contraire à la loi, elles ne donnent aucune action, ni pour obtenir le prix promis, ni pour réclamer l'exécution de l'acte ou de la prestation (2). On reconnaît dans tous ces cas, les propres solutions du Codi.

II. — Cause et exécution préalable

Sur un tout autre plan, apparaît la cause dans nos Coutumiers du XIII^e siècle.

Le régime des obligations, variable d'un auteur à l'autre, est fort composite et dans l'ensemble très sensiblement différent de celui des pays du Midi : de nombreux symboles restent en usage; l'acte écrit qui tient lieu de forme, est très fréquent. Mais la validité des contrats consensuels du droit romain commence à être admise. Peut-être, l'effort de la doctrine coutumière alla-t-il plus loin; en même temps qu'elle combattait l'idée que le rite oblige sans le consentement, elle tentait de faire admettre le caractère obligatoire des simples convenances. Aucun préjugé doctrinal ne devait alors troubler ce mouvement.

Mais il rencontra une limite sérieuse dans la pratique de l'*interventus rei*, survivance de la règle ancienne d'après laquelle un créancier demandeur devait se prévaloir, non seulement de la promesse à lui faite, mais d'une prestation exécutée par lui. L'*interventus rei*, soit l'exécution préalable, aurait été dans ce système contractuel mixte, où, suivant le mot de Franken, un combat se livre

(1) *Les lois de l'Empereur* (éd. Brissaud et Rogé), § 71 : promesses corrélatives de faire quelque chose et de donner une somme d'argent : même si l'argent n'est pas payé, le promettant est tenu d'exécuter la prestation: *cascuns son tengutz de thier los combentz; pero mielhor ac son si augune cause n'es paqat si nes feyt scriu l.* Sur ce passage, voir Meynial, *le Codi et les fors de Béarn*, N. R. H., 1906, p. 388.

(2) *Les lois de l'Empereur*, § 5 et 63.

entre le *consensus* et la *res*, l'équivalent de ce que sera la recherche de la cause finale, dans un régime où l'obligation naîtra *solo consensu*, c'est-à-dire un moyen de séparer un contrat sérieux d'un simple projet. Telle est la règle dont on relève incontestablement l'application au *Livre de Joslice et de Plel*. L'on doit même, d'après certains, y voir une allusion dans une phrase de la *Summa de legibus* normande, et jusque dans un bref fragment du Conseil à un ami. Mais Beaumanoir dépasserait ses devanciers en concevant l'expression de la cause comme la manifestation d'un consentement éclairé et exempt de « malice ».

Il n'est pas douteux que de nombreux passages du *Livre de Joslice et de Plel* attestent l'existence d'une procédure où la situation du défendeur est très avantagée lorsque le créancier, poursuivant l'exécution d'un contrat synallagmatique, ne peut se prévaloir d'une prestation déjà exécutée par lui : le défendeur est libre de repousser par son serment l'offre de preuves par garants. C'est le procès « sur sormise (1) », c'est-à-dire sur une convention soupçonnée, sur un projet de contrat, plutôt que sur un contrat formé. Au contraire, le défendeur doit supporter les risques de la preuve par garants et du faussemment des témoins si le créancier a déjà rempli sa prestation (2). La

(1) Le glossaire de Chabaille, à la suite de l'édition Rapetti, donne des sens variés : allégation, surprise, etc. Esmein, *N. R. H.*, 1881, p. 25, n. 1, propose de traduire : soupçon de convention, le mot « sormise » ayant subsisté dans le vocabulaire anglais (*surmise*) où il signifie : conjecture, supposition, soupçon. Voir aussi Franken, *Das französische Pfandrecht im Mittelalter*, Berlin, 1879, p. 75, n. 3.

(2) Les exemples sont cités par Esmein et Franken, *op. cit.* Ainsi, le procès sur une convention de vente, sans exécution préalable : *Jostice et Plel* (éd. Rapetti) 2, 14 § 8 : « Uns dit à un changeor qu'il li avoit vendu tournois, et un autre marchant, qu'il li avoit vendu poivre; et l'offri à prover par soi et par garanz. Et li autre fesoient encontre ni et deffense, tel comme ils devoient et ne disoient pas qu'il lor eust ballé point d'argent. Et droit dit qu'il n'i a que la prueve au changeor, ou au marcheant, contre li et contre ses garanz : car tel chose n'est que sormise. » Par contre, si le demandeur

res confère au demandeur un titre à l'admission de la preuve qu'il offre, tandis que la simple convention ne lui ouvre qu'une action illusoire, puisque son adversaire peut l'empêcher de produire ses preuves. Parfois, l'exécution préalable, par exemple la réception des deniers dans le prêt, n'améliore pas la position du créancier demandeur : l'emprunteur, par son serment, arrête toute preuve. On a vainement cherché une explication plausible de cette singularité qui se retrouve dans des droits étrangers (1). Mais cette exception n'empêche pas la règle de subsister dans les contrats synallagmatiques et dans les donations, avec ses caractères si originaux : elle touche uniquement à la situation procédurale du défendeur, nullement à la formation des conventions; peut-être celle-ci est-elle absolument libre(2)sauf la défense portée, suivant les textes romains, contre les conventions dont la cause est illicite (3). Ne disons pas non plus que la *res* est la condition de la force exécutoire d'un contrat, puisqu'elle permet seulement au demandeur de produire sa preuve et non de passer à l'exécution. Telle qu'elle, l'opposition entre la « sor-mise » et le marché ferme peut être regardée comme une première ébauche, bien insuffisante, de la distinction

affirme avoir déjà accompli une prestation, le défendeur doit accepter la preuve de son adversaire, ou la faire tomber par bataille : 2, 14 § 8 : « Uns hons dit à un autre que il li doit trente toneaus de vin qu'il li vendi vingt livres, et celes vingt livres il li a paiés... Cil qui défant est loisanz de prendre la prove de lui et de ses garanz, ou d'escondire par gage de bataille. » Cf., 4, 4 § 1 : « Mès il eust dit que il eust les deners paez, il i eust gage, porce que li chatex i fust. »

(1) *Jostice et Plet*, 4, 4, § 1 : « L'en puet ausint... apeler de prest comme d'achat qui est fez sans deners paier. »

(2) *Jostice et Plet*, 1, 2, § 7 : « convenances accordées par bonne mors font le marchié, non pas la paumée et li cuers doit suivre la parole ». Sur ce texte où Esmein a voulu voir la reconnaissance des simples pactes, cf. les observations de Franken, *op. cit.*, p. 56, n. 3, et surtout celles de Spies, *op. cit.*, p. 161 n. 2.

(3) *Jostice et Plet*, 6, 12, § 3 : « Se aucuns a promis por lède cause et il n'ait randu, il a barre contre celui qui demende. »

entre le projet de convention mal défini et le contrat dûment accordé.

Beaucoup plus important est le système contenu dans le grand Coutumier de Normandie. Il est relatif à la validité de la convention, non plus seulement aux privilèges procéduraux du défenseur, ce qui est un trait de modernisme; en outre, il fait directement allusion à la cause. La promesse, qu'aucune cause légitime ne précède, ne rend pas son auteur débiteur, telle est la règle formulée par deux textes fort brefs de la *Summa de legibus*, sur lesquels les interprètes sont divisés : *Ex promisso... nemo debitor constituitur, nisi causa precesserit legitima promittendi... Nec eciam promissio aliquem facit debitorem, nisi causa promittendi fuerit demonstrata* (1). La *Summa* reconnaît-elle la validité de l'accord consensuel à la seule condition que la cause finale qui pousse une partie à s'obliger soit démontrée; ou, reproduit-elle simplement l'idée ancienne que, sans exécution unilatérale préalable, aucune action ne naît d'un contrat (2)? Dans la première solution, la cause est un élément du consentement, véritable source de l'obligation; dans la seconde, elle se confond avec la *res* : c'est la *causa* des contrats innommés, au sens de la Glose, ou encore le *quid pro quo* ou la *consideration* anglaise.

La brièveté de nos deux textes a incité les interprètes à chercher des analogies dans la littérature ambiante. N'est-ce pas un système voisin que formule Pierre de Fontaines : « cil n'a mie bele reson de demander qui demande proce que on li convenança sans autre reson metre avant » (3). Mais ce texte a besoin d'être éclairci : fait-il allusion

(1) *Summa de legibus* (éd. Tardif), ch. 90; § 3.

(2) La première hypothèse est formulée par Yver, *op. cit.*, p. 73-76; la seconde par Pollock et Maitland, *History of English Law*, Cambridge, 1898, t. II, p. 212 et s. Voir aussi dans un sens voisin, Esmein, *Un chapitre de l'histoire des contrats dans l'ancien droit anglais*, *N. R. H.*, 1893, p. 559 et s.

(3) *Conseil à un ami* (éd. Marnier), ch. 15, § 13. Cf. *Charte d'établissement de la commune d'Amiens*, (1209) (éd. Bouthors) art. 28 : « Qui se clame de promesse : riens ne recouvrera. »

à une cause ou à la forme? Il est préférable de se tourner vers des conceptions mieux définies de la cause. Mais les résultats de ces recherches sont incertains. Ils ne révèlent pas d'emprunt direct à une source déterminée. Aussi est-on réduit à parler d'influence. Sans émettre nettement l'hypothèse d'une influence anglaise, on a proposé d'interpréter les textes de la *Summa*, comme s'ils révélaient un droit analogue à celui que l'on constate outre-Manche(1). A part l'argument tiré de l'indéniable parenté des droits anglais et normands du XIII^e siècle, on ne peut guère invoquer qu'un seul texte précis de Glanville (2); mais comme on l'a remarqué, le terme *justa causa debendi*, qui figure à la suite d'une énumération de divers contrats doit être traduit : source d'obligation conforme au droit, et doit être rapproché, non de nos deux textes, mais d'une autre phrase de la *Summa* (3).

On a parlé, avec plus de précision, d'influence canonique, en comparant le droit normand avec le canon *Si cautio* des Décrétales de Grégoire IX, ou plutôt avec les premières interprétations de ce texte (4). Il semble pourtant qu'entre l'hypothèse de la *promissio* et celle de la *cautio*, il y ait une différence assez notable : la première est relative à un écrit probatoire, constatant une dette

(1) Esmein, *N. R. H.*, 1893, pp. 562, 563. Mais, pour notre auteur, il y a une parenté très grande entre la *consideration* anglaise et la *causa* des contrats innommés romains : « Les jurisconsultes normands, écrit-il, décidèrent que toute personne serait liée par sa promesse toutes les fois qu'en retour elle aurait obtenu de l'autre partie et à raison même de sa promesse un avantage de valeur pécuniaire. »

(2) Glanville, *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliæ* (éd. Houard, *Traité sur les coutumes anglo-normandes*, I, p. 375, Paris, 1776), livre 10, ch. 3 : *Is qui petit pluribus ex causis Debitum petere potest, aut enim debetur ei quid ex causa mutui, aut ex causa venditionis, aut ex commo-dato... aut ex alia justa debendi causa.*

(3) *Summa de legibus*, ch. 88, § 1 : *De debito autem sunt omnes querele in quibus aliqua causa procedit qua aliquis obligatus alicui de aliquo teneatur.* Cf. Yver, *op. cit.*, p. 73 et 74, n. 1.

(4) Yver, *op. cit.*, p. 75.

passée et c'est pourquoi le canon figure au titre de *Probationibus*; dans l'autre, il est question d'une promesse de forme incertaine, créatrice d'obligation. La cause a une signification très diverse dans les deux cas. Sans doute, l'interprétation doctrinale rapprocha peu à peu la *cautio* du pacte, le mode de preuve de la source d'obligation; mais une expression nette de cette transformation n'apparaît qu'au *xiv^e* siècle, chez Balde, plus d'un siècle après la *Summa de legibus*. Il est vrai que les canonistes antérieurs ont préparé cette évolution, mais sur leur pensée règne un doute et si l'auteur de la *Summa* s'était référé à ces doctrines, il ne s'en serait pas seulement inspiré, mais il leur aurait fait subir une adaptation qui en changerait le sens. Hostiensis, par exemple, dans le passage de sa Somme, qui est directement invoqué, propose d'étendre les règles de la *confessio* écrite à la *confessio* orale devant témoins. L'un et l'autre de ces actes doit être causé, sous peine de n'être qu'un mode de preuve imparfait; il ajoute : *confessio... ubi causa adjicitur, videtur habere vim pacti* (1) : l'adjonction d'une cause donne à l'aveu la force d'un pacte, c'est-à-dire met la *confessio* au même rang qu'une source de dette. C'est donc que le pacte à lui seul, même si sa cause n'est pas exprimée, vaut l'aveu renforcé par l'expression d'une cause. Nulle part, il n'est question, avant Balde, sauf peut-être chez Innocent IV, de cause dans un acte créateur d'obligation, appelé pacte. Eût-il fait appel aux souvenirs de son éduca-

(1) *Hostiensis, Summa aurea*, II, *De confessis Quid si extra jus confiteatur*. Hostiensis paraît exprimer une doctrine personnelle, lorsqu'il étend les effets de la *confessio* écrite, *cum causa*, à la *confessio* extra-judiciaire *sine scriptis*. L'idée que la cause sert à valider l'aveu extra-judiciaire oral, hors de toute forme, serait donc postérieure à la *Summa de legibus* normande (*contra*, Yver, *op. cit.*, p. 75, n. 5). Hostiensis rappelle la doctrine d'Otto de Pavie : *confessio inter vivos extra judicium, sed sine scriptis non parat prejudicium*. Il la discute et conclut : *nec obstant leges quas Otto Papien (Papiensis) pro se inducit, quia intelliguntur quando nulla causa adjecta facta est confessio : porro ubi causa adjicitur, videtur habere vim pacti*.

tion de clerc, ce qui n'est nullement démontré, le rédacteur de la *Summa* n'aurait pu songer qu'à des théories imparfaites, où la cause n'a encore qu'un rôle probatoire (1), où, en tout cas, la liaison n'est pas faite entre une cause (au sens moderne) et un pacte muni d'action.

Laissons donc ces diverses conjectures sur les sources de la *Summa*, pour nous en tenir aux textes eux-mêmes. Sous la rubrique de *Pactio*, mot dont nous ignorons s'il eut un sens précis dans la terminologie de notre coutumier (2), et que le rapprochement avec le *covenant* anglais n'éclaire guère (3), l'auteur de la *Summa* étudie deux catégories de demandes en justice, l'une dite *ex alicujus pacti contractu*, l'autre dite *ex alicujus rei oblatu*. La première est intentée en cette forme : « pour la maison que je t'ai faite, tu me dois 10 sous, que pour cela tu m'as promis (4). » Une personne réclame l'exécution d'une prod'une promesse à elle faite, donner les 10 sous, après avoir accompli la condition mise à cette promesse : bâtir une maison. Nous ignorons absolument le caractère de la promesse : simple pacte, promesse formelle ? Aucun des termes employés : *contractus*, *promissio*, ne permet de décider. Mais nous pouvons déterminer sa nature juridique : c'est un acte unilatéral. L'auteur de la construction

(1) C'est seulement à la fin du XIII^e siècle, qu'apparaissent, d'après Yver, *op. cit.*, p. 100, n. 4, dans la pratique des officialités, les premiers exemples de renonciations à la *confessio sine causa* : officialité d'Avranches, 1275, acte reconnaissant de rente (Dubosc, *Cartulaire du Mont Morel*, St Lô, 1878, n° 284).

(2) Tantôt *pactum* est pris au sens du pacte adjoint (pacte d'intérêt usuaire, Ch. 19, § 2), tantôt il est pris au sens de promesse principale : il est opposé à l'hommage comme mode de constitution d'un bourgage, Ch. 29 § 6, il est distingué de la *promissio*, ch. 87, § 5. Cf. Spies, *op. cit.*, p. 155, n. 5 ; il nous paraît difficile de tirer argument du sens du mot *pactum* dans les actes de la pratique.

(3) Yver, *op. cit.*, p. 215.

(4) Ch. 90, § 1 : (*Querela*) *ex contractu verbi gracia : pro domo quam tibi feci mihi debes X solidos, quos propter hoc mihi promisisti*. Le terme « *propter* » est pris au sens de « en vue de ».

a une action contre celui qui a promis les 10 sous, mais il n'est pas obligé lui-même. Il n'y a absolument rien dans le texte qui puisse faire soupçonner un engagement bilatéral : celui qui a promis les dix sous n'a pas d'action pour réclamer la construction de la maison, fût-ce après avoir donné son argent. Aussi, si l'on tient à rapprocher notre *promissio* d'une catégorie juridique romaine, il faut songer, non à un contrat innommé qui est un *συνάλλαγμα* (1), où chaque partie peut, après avoir elle-même exécuté une prestation, demander à l'autre l'accomplissement de son engagement, mais bien plutôt à une promesse sous condition suspensive : « je vous promets dix sous pour que, ou mieux, si vous me bâtissez une maison ». C'est vous et non moi qui êtes créancier : la maison est-elle bâtie, vous pouvez me réclamer les 10 sous; mais il est nécessaire que la condition soit échue, et c'est pourquoi dans votre demande vous dites : « pour la maison que j'ai bâtie pour vous ». Telle est la *querela ex contractu*.

La seconde *querela* est dite *rei oblatu*. Sa formule ne contient pas de promesse : « tu me dois 10 sous que tu as reçus pour moi ou de moi et tu me les dois parce que tu les as ainsi détenus (2) ». Il y a enrichissement sans cause; la responsabilité dépend de la perception des deniers. Mais l'interprétation doit être rectifiée par le contexte; le § 2 qui reprend l'exemple le complète, en termes très obscurs dont il semble résulter qu'un pacte existe (3).

(1) Un exemple de ce genre de contrat est donné au ch. 123 § 6 : *Dedi tibi solidos pro muri pertica facienda, quam te mihi facere obligasti*. Sur ce texte, voir Yver, *op. cit.*, p. 70 qui le rapproche du contrat sanctionné par la *querela ex contractu* (ch. 90, § 1, cité note 3. sup.).

(2) Ch. 90 § 1 : *Debes mihi X solidos quos pro me vel a me recepisti, quos mihi debes eo quod sic obstinuisti*.

(3) Ch. 90 § 2 : *Pactum enim est ex rei perceptione, cum debitores (se) constitunt eorum receptores et obligant*. Sur ce texte et sur l'impossibilité de tirer parti de la version française, qui ajoute : « et me les enconvenanças à rendre », voir Yver, *op. cit.*, p. 71. Voir aussi Spies, *op. cit.*, p. 155, n. 5, qui propose d'entendre *pactum* non comme substantif, mais comme verbe : *pactum est*.

Il s'agit donc de deniers remis par le créancier ou reçus d'un tiers, et que l'on promet de rendre. Il reste que le fait générateur de l'action n'est pas une promesse, mais la réception de l'argent.

Puis, après avoir expliqué cette distinction, entre le *contractus* et l'*obtentus rei* l'auteur de la *Summa* semble, dans le § 2, l'abandonner, ou plutôt, il entremêle cette division avec une classification qu'il a préalablement donnée, au chapitre 88, retenant un terme de chacune d'elles : *est omnis talis querela aut ex debito, aut ex rei receptione* (1). Pour le *debitum*, il renvoie au chapitre susdit (2). Quant à la *rei receptio*, il l'explique à nouveau : au § 1, il s'était occupé de la forme de la *querela*; ici, il considère les caractères de la dette.

C'est la même question qui le préoccupe, au § 3, à propos de la *promissio*. Il nous paraît que le terme *ex promisso* doit être rapproché des mots : *quos propter hoc promissisti* qui figurent à la suite du premier exemple de *querela*. De même, selon nous, la phrase précédente : *Pactum enim ex rei perceptione* (§ 2), devrait être rattachée à l'exemple de *querela* de *rei oblenlu*. Ce rapport a pu être masqué, par suite de l'insertion malheureuse dans le § 2 de la phrase *est ergo omnis talis querela aut ex debito aut ex rei receptione*. La phrase *ex promisso*... s'entendra ainsi : « Par suite d'une promesse, nul n'est constitué débiteur, à moins qu'une cause légitime de promettre (ou poussant à promettre) n'ait précédé (3) ». Cette cause, c'est comme une condition

(1) Ch. 90, § 2.

(2) *Ex debito autem superius dictum est*. Ces mots nous paraissent se rapporter au passage où il est traité du *debitum*, c'est-à-dire au chapitre 88 : *De Debito*. Contra Yver, *op. cit.*, p. 70 et Spies, *op. cit.*, p. 155, n. 5, pour lequel *debitum* correspond à *pacti contractus*. C'est sans doute pour lever cette difficulté d'interprétation, que la plupart des versions françaises de la *Summa*, portent seulement : « toute querelle est de dette si comme nous avons dit. »

(3) Ch. 90, § 3 : *Ex promisso autem nemo debitor constituitur, nisi causa precesserit legitima promittendi*.

mise à la promesse : sa réalisation et son caractère licite sont choses nécessaires pour que le débiteur puisse être poursuivi. L'exemple de cause illicite que va nous donner la *Summa* pour illustrer cette règle est très proche de la formule de *querela ex contractu* qui figurait au § 1 : « nul, à la suite de l'accomplissement d'un acte malhon-nête, n'est tenu de payer quelque chose, et celui qui a exécuté l'acte ne doit pas être encouragé, mais il doit être plutôt puni (1) ». La mise en œuvre d'une pareille ac-tion se ferait par une querelle de ce genre : « pour l'acte que j'ai accompli, vous me devez tant, que vous m'avez promis en vue de cela. » Mais le caractère illicite de la promesse empêche mon action de réussir ; c'est pourquoi la *Summa* peut dire que vous n'êtes tenu à rien.

Quel est donc le sens que donne notre texte au terme *causa* ? Songeons à la condition suspensive, et plaçons-nous successivement à deux moments : lors de la conclu-sion de la promesse, lors de l'action en justice. Quand je promets 10 sous pour qu'on me fasse une maison, ou qu'on accomplisse tel méfait, la cause est un acte futur ; mais

(1) *Nullus pro rei inhoneste actu aliquid persolvere tenetur, nec actor ejus fovendus est, sed potius puniendus*. Le texte soulève deux difficultés : 1° le sens de *pro* : cet averbe signifie-t-il : en vue de, ou : à la suite de, eu égard à ? Ce second sens est la signification naturelle de *pro* ; employé avec le mot *actus* (qui a un sens passif : acte accompli), il ne paraît pas douteux qu'il ait gardé ce dernier sens. Lorsqu'il signifie en vue de, qui normalement se dit « *propter* » on a soin de le faire suivre d'un terme qui se rapporte au futur : ch. 74, § 14 : *Dominus... tenetur persolvere pro duello faciendo precium quod promisit* ; 2° le sens de *actor ejus*. Il serait inutile d'insister sur le sens, tant il paraît naturel de tra-duire : « la personne qui a accompli cet acte », si la plupart des versions françaises ne portaient : « ne cil qui demande (la chose) n'y doit pas estre soutenu », entendant *actor* au sens juridique. C'est là, croyons-nous, une confusion grossière : un manuscrit de la *Summa* donne la leçon : *auctor*, qui lève le doute. L'expression *actor* est souvent employée dans la *Summa* au sens d'auteur d'un acte : voici, par exemple, une phrase qui rappelle notre texte, ch. 96, § 2 bis : *de tali aulem facto quilibet actor puniendus est*. Voir aussi ch. 21, § 2 : *fraudem in sui actorem retorqueri*, ch. 86, § 3 ; ch. 121 § 16.

lorsque la personne à qui j'ai promis agit en justice, la cause est un événement passé, une chose réalisée et dont la preuve doit être au préalable apportée. Ainsi, une cause réelle et licite dans la promesse voilà ce que la *Summa de legibus* exige. C'est de la cause finale, semble-t-il, que la *causa* normande se rapproche le plus, elle se confond même avec elle, lors de la conclusion de la promesse, puisqu'elle consiste dans l'espoir d'un acte futur; mais la comparaison ne peut être soutenue plus avant et si l'on considère le moment de l'exécution en justice il faut songer à l'arrivée d'une condition suspensive à la romaine; encore, remarquons-le, le droit romain n'eût pas admis une condition pareille, purement protestative. Ne cherchons donc pas à faire rentrer de force cette notion coutumière de *causa*, dans les cadres de la technique romano-canonique, probablement ignorée ou mal comprise par le rédacteur de la *Summa*. Constatons seulement qu'ici la *causa promillendi*, est autre chose que l'exécution préalable d'une prestation imposée par le contrat : c'est l'accomplissement d'une chose, qui est laissée à l'entière discrétion de son auteur, comme la condition potestative et qui ouvre le droit d'agir, comme l'arrivée de la condition suspensive. Telle est, semble-t-il, la conception à laquelle en était resté le rédacteur de la *Summa*.

Mais une interprétation nouvelle, qui s'appuie sur la version française la plus répandue de la *Summa*, devait peu à peu se substituer à elle et recevoir sa consécration au cours du xv^e siècle dans la Glose sur notre coutumier : « Nul n'est estably debiteur pour promesse, lit-on dans le texte français, se il n'y eut droite cause de promettre. Aucun n'est tenu à paier chose qui ait été promise pour faire vilain service : ne cil qui la demande n'y doit pas être soutenu, ains le doit grièvement amender (1) ».

(1) *Glose sur le grand coutumier de Normandie* (éd. 1483?).

L'hypothèse est très différente de celle que formulait le texte latin. Dans celui-ci, il s'agissait d'une personne qui, ayant accompli un acte malhonnête (*actor ejus*) réclamait le salaire promis ; cet acte, remarquons-le, elle n'avait pas promis de le faire ; si elle le fait (condition suspensive purement potestative), elle peut demander l'exécution de la seule promesse qui existe : celle de payer les deniers, non parce qu'elle a accompli une chose promise, mais parce que, par son fait, la condition mise à la promesse de son adversaire est échue. La version française autorise une autre interprétation : une chose est promise à quelqu'un pour qu'il fasse un « vilain service » ; il y a une double obligation et la personne à qui est promis le prix, peut être tenue d'exécuter le service. A l'inverse — et c'est l'hypothèse prévue par la fin du texte — la même personne peut réclamer le prix convenu, mais il convient qu'elle montre que la promesse dont elle poursuit l'exécution a une cause : l'obligation qui pèse sur elle de faire en retour tel service. Que la cause consiste en un acte à accomplir et non en un acte déjà accompli, c'est le sens qui résulte de la traduction des termes : *actor ejus* : cil qui la demande ; rien ne permet de penser que ce demandeur ait, au préalable, exécuté la prestation promise par lui. Il se fonde sur sa propre promesse, qui explique l'obligation corrélative de son adversaire, nullement sur l'accomplissement d'un fait. Le dernier trait, c'est-à-dire l'exécution matérielle d'une chose qui, dans la *Summa*, rattachait de très loin la cause à la *res*, est rompu ici. La cause est devenue le motif d'une convention, accepté par le droit. C'est un acte purement psychologique : la pensée qu'il y a un engagement corrélatif de l'autre partie, qui sert de cause à la *querela* engagée. La Glose sur la *Summa* le comprend bien ainsi : « si aucun faisait action à ung autre de dix livres qui dit qu'il luy eust promis pour batre ung homme... » Le demandeur prétend qu'il y a eu promesse en vue de

faire tel acte (1). Plus nettement encore, lorsqu'elle étudie la *querela ex rei oblatu*, la glose distingue le cas où il y a eu « recepte des deniers », avec ou sans promesse de les rendre (2), et celui où il y a eu seulement promesse de rendre l'argent : il est, dans cette dernière hypothèse, inutile de faire la preuve de la remise des deniers, ce qu'on serait tenté d'admettre, en voyant dans cette réception la cause de la promesse de rendre ; l'action en exécution est bien fondée, si elle repose sur une cause valable, c'est-à-dire sur un motif de croire au caractère sérieux et licite de la promesse : « le convenant seul suffiroit, s'il y eust juste cause de convenancier, sans prouver la recepte de la chose ». Il est impossible d'indiquer plus clairement que la cause du convenant est indépendante de la réception des deniers.

Ainsi, s'il est douteux que dès le XIII^e siècle la *causa* normande ait été l'équivalent de la cause, au sens moderne, on ne peut nier que les interprétations tardives du texte de la *Summa* aient rapproché la notion coutumière de

(1) Glose (éd. 1483 ?), sur « Aucun n'est tenu à paier rien qu'il ait promis » « Par ce texte est à noter que de promesse qui est faite pour faire villaine chose on n'en peut faire action ne le querellé n'en serait tenu respondre, mais le devoit amender cil qui feroit l'action. » La glose exige que, non seulement la cause existe réellement, mais que mention en soit faite dans le libelle : « Ja soit ce que la promesse aict été faite à bonne cause, sy ne suffiroit-il point qui ne la declaireroit en libelle faisant. »

(2) C'est une question très discutée dans la glose, que celle de savoir s'il faut une promesse jointe à la réception de la chose, ou si celle-ci à elle seule suffit pour constituer un débiteur. L'intérêt pratique est très grand : un voyageur est-il tenu après son départ des dépenses faites en une taverne, s'il n'a fait promesse de payer ? Un marchand détaillant, qui a laissé emporter ses marchandises sans exiger paiement comptant, doit-il prouver qu'il y a eu de la part de tel client promesse de payer ? Guillaume Guerpel, Bib. Nat., ms. fr. 5331, f^o 293 v^o, propose d'entendre qu'il y a convention tacite de rendre dans toute réception de chose ; le texte français : « et me les enconvenanças à rendre », ferait allusion à une convention de ce genre : « Mais je croy qu'il soit à entendre d'un convenant taisible et non par exprès, car qui prent ou reçoit comme on dict vulgairement s'oblige ».

nos conceptions contemporaines. Mais la comparaison ne doit pas être exagérée : la cause est plus ou moins confondue avec le motif ; de plus, comme les plus anciens de nos auteurs coutumiers, c'est essentiellement à la cause illicite qu'ont songé les juristes normands (1). Pourtant, les praticiens, à la fin du xiv^e siècle, avaient compris que l'on trouvait dans l'exigence d'une cause une protection contre les accords suspects, ou simplement incertains et informes (2) ; et la jurisprudence de l'échiquier, à la même époque, voyait dans le caractère rémunératoire d'une donation la juste cause de cet acte (3).

(1) L'exemple donné par la glose, pour illustrer la règle : « aucun n'est établi débiteur... » est relatif à une cause illégitime « se aucun promettait à ung autre cent livres affin qu'il n'encherist aucun marchiés sur luy qui se vaudroit par justice au plus offrant il ne les seroit pas tenu paier car la cause du promettre n'est pas légitime ne raisonnable ». Guillaume Guerpel, dans son *Commentaire de la Coutume de Normandie*, ne fait allusion qu'à des actes dont la fin est illicite ; il recherche si le serment ou une clause pénale accompagnant la promesse devrait être respecté, et conclut négativement (Bib. Nat., ms. fr. 5331 f^o 294 r^o).

(2) L'auteur d'*Instructions et enseignements* (style d'une justice seigneuriale, fin du xiv^e siècle), rapporte le procès suivant : sur une demande en paiement de 20 sols pour vente d'un âne et de deux boisseaux d'orge, le défendeur répondit qu'il avait bien voulu prendre l'âne et l'orge pour 12 sols, qu'il en avait été ainsi convenu au temps du contrat, que ce prix ayant été payé, satisfaction était faite au créancier ; mais il nia avoir promis de payer le surplus, et en être resté débiteur, attendant que son adversaire fasse la preuve de cette prétendue obligation. Il n'a pas à connaître ou nier l'avou qu'allègue son adversaire, tant que celui-ci n'a pas rapporté la preuve des faits niés : « car par la coustume escripte, nul en Normandie n'est établi débiteur pour promesse, s'il n'y a juste cause du promettre » (*Instructions et enseignements*, éd. Besnier et Génestal, § 103, 104, 105.). D'après le *Stile et usage au temps des échiquiers de Normandie*, éd. Marnier et Valroger, ch. LX, il n'est que deux défenses permettant de débattre la lettre obligatoire : la fausseté de lettre ou le paiement. L'erreur sur la cause ne rentre dans aucun de ces moyens. Il est vrai que le texte parle d'une obligation par lettre sous sceau royal, « pour justes causes contenues ès lettres ».

(3) *Arrêts notables de l'Echiquier*, f^o 73 r^o : donation d'oncle à neveu, attaquée par un second neveu héritier, déclarée valable : « Item dit que le dit don est justement causé, c'est assavoir pour les bons et agréables services qu'il y a etc. et pour ce que ledit Vy (l'oncle) qui estoit ancien demouroit avec lui (le premier neveu). » A l'inverse est déclarée nulle la lettre (contenant un don) dont le sceau est suspect et qui « n'estoit causée de

III. — Cause et tricherie

La lente évolution qui avait conduit le droit normand assez tard et peut-être inconsciemment, à dégager un sens nouveau de la cause, avait été accomplie d'un seul jet, dès la fin du XIII^e siècle, par Beaumanoir, anticipant sur ses contemporains.

Il n'est pas douteux, en effet, que le mot cause ait pris chez notre auteur la signification de mobile d'une convention. Ce sens est conforme à la terminologie courante des Coutumes de Beauvaisis, où cause est synonyme de but, motif, raison (1). Il est très vraisemblable que c'est du droit romain que notre auteur tira une grande partie de ses textes sur la cause dans les obligations; mais les emprunts sont difficiles à démasquer.

Comme ses devanciers, Beaumanoir voit dans le caractère illicite de la cause un motif général de nullité d'une convention : telle la promesse de tuer, de blesser ou de battre un homme pour un prix déterminé. Celui qui a exécuté l'acte, ne peut obtenir paiement de la somme.

« nulle raison » (f^o 62 v^o). Dans le registre des plaids de meubles de la Mairie de Nicole le Couet (1364-1365), (Arch. municipales de Rouen, registre G G), on relève la mention de la cause dans les nombreuses reconnaissances de dettes faites en justice, mais il est impossible de dire quelle serait la conséquence du défaut d'expression de cette cause; v. par ex. f^o 30 v^o : « Guillaume l'Ortie congnut devoir à sire Jacques Filleul VII livres et X sols pour louage de terre »; f. 23 v^o : « X... cognurent devoir à X pour euls et comme gardiens des enfans sous aagés, XII escus pour le deffaut des réparacions des moulins as couteaux appartenant as dis mariés et sous aagés. » De même, la cause figure dans les lettres obligatoires, f. 10 v^o : « pour la cause contenue es lettres. » Une personne peut, sur la simple déclaration de sa créance, faire saisir sur son débiteur l'objet dû : mais elle doit faire connaître la cause de la dette, f. 6 v^o : « pour cause de ce que le dit Jacques disoit ».

(1) Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis* (éd. Salmon) § 1949 : mort accidentelle : « l'en doit regarder... la cause qu'il avoit à aller au puis », § 1278 : « arbitre a resnable cause de soi demettre de sa mise », §§ 1088, 822, etc.

Mieux, il appartient au seigneur, auquel la convenance est dénoncée, de justicier les parties comme coupables, du crime (1). Parfois la nullité civile seule est prononcée sans sanction pénale; il est ainsi dans trois hypothèses très diverses : la convenance de payer les dettes de jeu, de dés ou d'usure, la promesse de faire une offense soit à la partie envers qui l'on s'engage, soit à autrui, et généralement l'engagement de faire un acte nuisible, « plus graveux que pourritable (2) ». Si un serment a confirmé la promesse, il sera « relâché » suivant l'usage canonique. Les plèges, constitués en garantie de la dette, ne seront pas non plus tenus à répondre de leur plévine (3). Telle est la première et la moins originale des applications de la cause.

Mais Beaumanoir ne s'en est pas tenu à elle, comme *Jostice et Plet* ou Pierre de Fontaines. A l'imitation de la procédure romano-canonique, il a cherché à mettre obstacle à la reconnaissance judiciaire d'un engagement qui ne révélerait pas sa cause, sous prétexte que pareil

(1) *Ibid.* 999 « toutes convenances sont à tenir ... exceptées les convenances qui sont fetes par mauveses causes. Si comme se uns hons convenance a un autre qu'il tuera un homme pour. C. lb., ... tout soi ce que cil fera ce qu'il lui a en convent... du tuer, n'est pas cil tenus à paier les. C. lb. qu'il li convenança... se li seigneur se vent teus convenances, il doivent prendre les parties et aus justicier comme atains du fet pour quoi la convenance fu. » Van Wetter, *Le Droit romain et Beaumanoir, Mélanges Fitting*, Montpellier, 1908, t. 2, p. 568, voit dans ce texte, présentée « sous une forme nouvelle » la règle du *D.*, 50, 17, *De R. J.*, 23 : *contractus legem dedit*. Cf. aussi § 808.

(2) *Ibid.*, §§ 1000, (où Van Wetter, *op. cit.*, retrouve l'influence du droit romain frappant de nullité les conventions de jeu, *C.*, 3, 43, 1, *pr.* et 1, 1969. Voir *Coutume du comté de Clermont en Beauvaisis de 1496* (éd. Testaud), 82.

(3) *Ibid.*, § 1026 (serment et plèges) § 1137 (fiance, texte inspiré également du droit romain, Van Wetter, *op. cit.*, p. 573). Cf. la Manekine (éd. Suchier, t. 1) v. 561 :

« Mieux vous vient prendre penitence »
 « du convent et de la fiance »
 « que vous à ma dame feistes »
 « car fol convent li prameistes. »

acte est « soupçonneuse chose de malice ». Est-il meilleure défense d'un débiteur, que d'obliger son adversaire à dévoiler la raison d'être de sa créance?

Dès le commencement du « plet », la demande sur convenance doit indiquer la cause de l'obligation, à côté de la désignation de l'objet réclamé : sans la cause, la demande ne vaut rien. Le « sire » peut-il refuser cette demande, ou au moins la faire éclaircir? Beaumanoir ne le dit pas très nettement, mais le défendeur n'est pas tenu d'y répondre (1); et faute d'acte de la part de celui-ci, le « plet » ne sera pas « entamé ».

Lors des preuves, il appartient à la justice de rechercher la cause véritable de la dette. Il n'est pas parlé de cause à propos de l'aveu, qui par lui-même est suffisamment clair (2). Mais, il est prescrit au juge de se renseigner sur la cause d'une lettre dont l'exécution est réclamée en justice (3). Par ailleurs, l'absence de cause n'est pas classée parmi les défenses qu'un débiteur puisse alléguer contre la lettre produite en preuve. Recourt-on à la preuve par témoins? Le juge ou le commissaire enquêteur doit-il interroger les personnes appelées à témoigner, sur les circonstances et sur la cause de la dette (4).

(1) *Ibid.*, § 201 : « Qui veut former sa demande seur convenance, il doit dire en ceste manière : « Sire, ves la Jehan qui m'eut tel convenance » et doit dire la convenance de quoi et pour quoi ele fu ». Le § 198 précise le droit de refus du défendeur : « ... Demande qui est fete et l'en ne dit reson pour quoi l'en le doit avoir ne vaut riens, ne n'i est pas li defenderest tenu à répondre; car nient est à dire : « Jehans me doit X. lb.; fetes les moi paier, » se je ne di pourquoi et de quoi il les me doit ». Il semble résulter du § 1027 que le juge a le pouvoir de faire déclarer la cause de la dette, si la demande était insuffisante : « Jehans le fist ajourner par devant la justice pour ce qu'il ne le vouloit paier, et la justice fist desclairier pour quoi les X. lb. estoient convenancies tant qu'il seut la cause ».

(2) *Ibid.*, § 1146.

(3) *Ibid.*, § 1096 : « La lettre qui dit que je dois deniers et ne fet pas mencion de quoi je les doi est soupeçonneuse chose de malice; et quant tel letre vient en court, si doit savoir li juges la cause dont cele dete vint avant qu'il la face paier ».

(4) *Ibid.*, § 1230 : « L'en doit demander as tesmoins se cele dete fu fete et pour quel cause ».

Ces règles excluent-elles absolument les actes abstraits? Peut-être, subsiste-t-il un contrat oral, valable par sa forme seule, la « fiancée, »; il suffit dans la demande d'énoncer le terme « fiancée », il est inutile d'indiquer la cause : « Pierres demande à Jehan X. lb. qu'il li fiança à rendre (1) ». Quant aux lettres, il est assez difficile de préciser la portée exacte des textes de Beaumanoir : tous les modèles de lettres donnés par lui, lettres sous sceau privé d'un gentilhomme, lettres sous sceau du bailli, portent mention d'une cause (2). Mais l'expression de celle-ci est-elle un élément nécessaire, dont l'absence entraîne la nullité de l'acte? Un défendeur invoquait contre une lettre dont exécution était réclamée en justice, un double moyen : l'absence de cause : « il n'estoit pas contenu es letres que la dete estoit due pour commande baillie à son père » et le paiement de la dette par son père, qu'il avait ignoré, lorsqu'il avait souscrit la lettre. Malheureusement, il n'offrit à prouver que ce deuxième moyen; son adversaire lui répondit sur ce seul point et le juge n'eut qu'à décider de la valeur de cette défense (3). Nous ignorons donc si l'absence de cause exprimée peut-être regardée comme un motif de nullité. Mais il est prudent de faire insérer la cause, car si l'on a à demander l'exécution d'une lettre par devant la justice, le juge doit *ex officio suo*, à la suite de la lecture du titre abstrait, rechercher « la cause dont cele dete vint, avant qu'il la face paier (4) ». Cette restriction ne touche que la lettre sous sceau privé, qui exige l'intervention judiciaire avant sa mise à exécution; la lettre sous sceau de bailli qui emporte exécution de plein droit est soustraite au contrôle du

(1) *Ibid.*, § 357.

(2) *Ibid.*, § 1096 (lettre sous sceau privé), § 1098 (lettre sous sceau de bailli). Sur les lettres, voir Spies, *op. cit.*, p. 169.

(3) *Ibid.*, § 1080.

(4) *Ibid.*, § 1027. D'après le § 1304 une bonne cause peut valider une obligation, mais ici le mot « cause » a peut-être le sens de motif.

juge. Mais à son égard, une précaution est prise, toute morale il est vrai : il est du devoir du bailli de ne sceller que la lettre qu'il a vue lui-même, après avoir constaté qu'elle doit être scellée. En d'autres termes, le bailli doit s'assurer de l'existence et de la licéité de la dette (1).

Si peu systématique et si incomplète que puisse paraître la doctrine de Beaumanoir, elle n'en est pas moins la première des théories coutumières à faire appel dans les actes unilatéraux et dans les donations (2) à la notion de cause : aucune des classifications de la doctrine savante n'a pénétré dans les coutumes de Beauvaisis, qui ignorent la distinction de la cause et du motif, comme la dénomination de cause finale. Mais quel progrès sur les auteurs antérieurs qui ne connaissent que la seule hypothèse de cause illicite (3), ou s'en tiennent à la procédure simpliste de connaître ou nier et aux seules exceptions de fausseté de paiement ou de répit, opposables à la lettre obligatoire (4) ! Quelle supériorité sur des œuvres pourtant tardives, comme la Très Ancienne Coutume de Bretagne où, à côté de la traditionnelle nullité pour « cause extorsionneuse » (5), et du rappel d'une règle très générale

(1) *Ibid.*, § 1097 : « (les parties) doivent venir par devant le baillif et recorder le marchié et leur convenances » § 52 : « li baillis n'est pas sages qui soigneusement ne le garde, si que nule letre n'en soit scelée qu'il meismes n'ait avant veue et qu'il ne sache s'ele doit estre scelée ou non ».

(2) *Ibid.*, §§ 1976, 220 : « si ne voit l'en pas la cause pour quoi, il deust tel don fere ».

(3) *Jostice et Plet*, 6, 12, § 1, 2; 2, 16, § 6. Pierre de Fontaines, 15, § 1 et 5. *Coutumier d'Artois* (éd. Tardif), 7, 3.

(4) Procédure de « connoitre ou nier » : *Etablissements de St Louis* (éd. Viollet), 1, 73; *Coutumes d'Anjou et du Maine* (éd. Beaultemps-Beaupré) § 78; exceptions contre la lettre, *Etablissements de St Louis*, 2, 37 (dont la source est l'*Usage d'Orlenois*, § 37) paiement, quittance, éloignement du terme; il n'est pas question de débattre la lettre pour absence ou insuffisance de cause. Voir « quittance et faulseté de lettre », *Anciennes coutumes du Duché de Bourgogne* (éd. Bouhier) t. 1, pp. 137-180, t. 27, art. 307. Cf. aussi, *Ancien coutumier de Picardie* (éd. Marnier).

(5) *Très ancienne coutume de Bretagne* (éd. Planiol) § 320. Cf. le « marchié par folle entente » du § 325; la crainte de la fraude, dans le cas où une

comme « obligations ne peuvent lier fors ceux qui y sont obligiez... o (avec) cause resonnable certaine » (1) ne figurent que de simples conseils donnés aux parties : ne pas s'engager « follement » ou « nycement » (2), sans aucune injonction adressée au juge !

Mais bientôt le droit romain de l'école va se superposer à ce premier fonds coutumier et à cette romanisation correspond une altération du sens de la théorie de la cause. C'était, dans les coutumes du ^{xiii}^e siècle, une arme contre la tricherie et l'immoralité, la sauvegarde du débiteur conduit à ne s'engager qu'à bon escient. La plupart des œuvres de la fin du ^{xiv}^e siècle, celles du ^{xv}^e siècle surtout ne pénètrent plus ce sens profond, elles acceptent la cause comme une exigence de la loi romaine remise en honneur, dont elles ne comprennent plus que la portée procédurale.

IV. — La cause savante

Nos plus tardifs coutumiers ne connurent jamais une réglementation minutieuse de la cause, à la manière des Romanistes. Mais le progrès de l'influence savante les orienta vers une théorie à la fois plus complète et plus étriquée. Les applications de celle-ci devinrent plus nombreuses mais l'esprit qui avait animé la doctrine du ^{xiii}^e siècle, en lui faisant voir dans la cause une protection contre la fraude et l'erreur, s'est perdu. La cause est un mot inséré dans la demande en justice, dans l'aveu ou dans la lettre, dont la mention est de s i y c.

Encore pour Boutillier, la cause est-elle restée significative dans la preuve d'une dette, par suite du conflit possible entre témoignage et lettre. « Vive voix corrompt

partie s'est engagée « pour aucune certaine cause », et a promis de passer des lettres de l'obligation, peut rendre les lettres insuffisantes, § 331.

(1) *Ibid.*, § 335.

(2) *Ibid.*, §§ 306, 319.

lettre », dit-on en général; mais cette règle n'est pas absolue, le juge en est l'appréciateur. Un témoignage motivé, bien fondé, doit l'emporter sur une lettre non causée : « se doit le juge plus arrester à la déposition des témoins qui... rendent sentence de leur déposition, que à la teneur des lettres qui ne rendent cause » (1). Et si les parties tiennent à éviter une contestation sur la dette constatée par une lettre, contestation toujours facile puisque les témoins sont admis à prouver contre un écrit et même sont préférés à lui, elles seront conduites à déclarer la cause de leur accord (2). Mais ces hypothèses à part, ce sont des formules toutes faites que notre auteur répète, lorsqu'il parle de cause dans la stipulation ou de réclamation d'indu par *condicio sine causa* (3).

Masuer ne songe plus qu'à rappeler les exigences de la loi romaine. Quelle cause doit être insérée dans la demande, cause proche ou cause éloignée (4)? Quelle est l'effet de la confession écrite sans cause (5)? La donation, faite par stipulation, n'a-t-elle pas une cause tacite? Qu'est la cause finale de la donation rémunératoire (6)?

(1) Boutillier, *Somme rural* (éd. Charondas le Caron), II, 106 : « Et s'il advient que en jugement l'une partie se vueille aider de lettres en preuve et l'autre partie se vueille aider de tesmoins singuliers, sçachez que la vive voix passe vigueur de lettres se les tesmoins sont contraires aux lettres. Et se doit le juge plus arrester à la déposition des témoins qui de saine mémoire déposent et rendent sentence de leur déposition, que à la teneur des lettres qui ne rendent cause ».

Le texte formule successivement deux règles : 1^o celle de la supériorité du témoignage sur la lettre, lorsqu'il est contraire à elle; 2^o celle de la supériorité du témoignage causé sur la lettre non causée. Cette dernière seule est absolue : tit. 106, « En quoi lettres valent plus que témoins : Jagoit ce que dessus aye dict et montré que vive voix destruit teneur de lettres, sçachez que bien doit gésir en la discrétion du Juge et en son examen ».

(2) *Ibid.*, II, 107 « De lettres... : Et doivent contenir la cause pourquoy elles sont faites et accordées entre les parties ».

(3) *Ibid.*, II, 37 : « De stipulation : Et soit contenue et desclairiée la cause pour quoi l'obligation se faict ». II, 41 : « De condiction de chose non due ». Sur l'obligation par stipulation, voir Spies, *op. cit.*, p. 195.

(4) *La pratique de Masuer* (éd. Fontanon) : tit. 10,

(5) *Ibid.*, tit. 21.

(6) *Ibid.*, tit. 24.

Partout les mêmes préoccupations se font jour : c'est une règle bien affirmée en Anjou et dans la région Poitevine que la demande en matière personnelle doit être causée (1). Plus général encore, est le principe énoncé par un style angevin : « obligation passée sans cause est nulle de soi » (2). Un style du Châtelet de Paris contient une règle très analogue (3). Les exemples de libelles, les brevets en forme d'obligation, cités par le Grand Coutumier de France ou par des textes annexes, sont conformes à la pratique générale (4). En Bourgogne, à la fin du xiv^e siècle, il semble que la coutume ait été de mentionner la cause dans la lettre obligatoire (5).

(1) *Coutumes selon les rubriques du Code* (1437) (éd. Beautemps-Beaupré) § 128. Cf. *Livre des droits et des commandements d'office de justice* (fin du xiv^e siècle) §§ 513, 623, « De esclaircir sa demande : Il convient qu'il (le demandeur) cause sa baille ou par prest, ou par loyer ». Sur ce texte, voir Franken, *op. cit.*, p. 87, n. 2.

(2) *Usages et stilles du païs d'Anjou* (1463) (éd. Beautemps-Beaupré) § 134.

(3) *Stille et coutume de la Court du Chastellet de Paris*, Bib. Nat., ms. fr. 18419, f^o 29 r^o : Toute obligation qui n'est causée est nulle ou à nuller. (Nous devons à M. Olivier Martin, professeur à la Faculté de Droit de Paris, l'indication de ce texte.)

(4) *Grand Coutumier de France* (éd. Dareste et Laboulaye) : ch. 24, 29 : « Je devoie à Martin XX livres tournois pour telle cause ». Voir Appendice « S'en suyt la maniere de faire brevet ou obligation : Jehan de Baillieu... confesse debvoir à gaige à Jehan des Champs... la somme de dix livres tournois pour cause de pur et loyal prest ». (p. 834.) L'aveu judiciaire de dette exprime la cause : « Aujourd'hui, en jugement, R. a confessé debvoir à B. telle somme pour telle cause » (p. 786).

(5) Tous les exemples de lettres obligatoires (sous sceauducal), sauf un, débattues devant le Parlement de Beaune (1357-1380), font mention d'une cause : *Registre des Parlements de Beaune*, éd. Petot, n^o 71, 121, 575, 576, 590 : « X obligé pour certaines causes contenues es dites lettres ». Mais la jurisprudence bourguignonne ne connaît pas la nullité pour défaut de cause. Dès le début du xiv^e siècle, les actes notariés contenant reconnaissance de dette font mention de la cause : *Protocoles de Ratet* (1310-1312) (Arch. de la Côte-d'Or, série B, 11221) : f^o 46 v^o : *Renaudus... debet X libros pro blado... f^o 48 v^o : Viardetus... debet domino G(uillelmo) de baux IIII lib. et XIII s. i. pro computo facto inter dictos debitores et creditorem...; Protocoles de Jean Picquart* (1315-1318) (Arch. de la Côte-d'Or, série B, 11222) : f^o 5 r^o : *pro blado, pro pannis, et pro expensis factis. f^o 9 r^o : ex venditione panni et mutui argenti, etc.*

On voit, au début du xiv^e siècle, la jurisprudence du Parlement de Paris annuler une obligation passée sous sceau du Châtelet, emportant reconnaissance de dette à la suite de la vente et livraison d'un cheval. Parmi les raisons invoquées par les appelants, figure une allusion à la cause : ils n'ont consenti, disent-ils, à s'engager que dans l'espoir d'obtenir un certain cheval; or le vendeur a fait des difficultés pour le livrer (1). Enfin il résulte d'une décision de Jean des Mares, que la jurisprudence s'attachait à distinguer cause (motif), « condicion », et « manière » (mode), pour déterminer si une donation devait être révoquée : un écuyer prisonnier des Anglais reçoit deux cents francs pour payer sa rançon; il s'échappe sans rien donner, peut-on répéter la donation faite? On ne le permet pas, le paiement de la rançon ne pouvant être regardé comme la cause finale du don (2)

(1) Arrêt du Parlement de Paris, du 16 février 1321, Arch. Nat., X 1 A 5, f^o 62 r^o (Boutaric, n^o 6266) : (les appelants) *inter cetera proponentibus et dicentibus quod esse poterat quod ipsi Rogerius et Guillelmus una cum predicto Petro se obligaverant erga dictum Johannem* (l'intimé) *in magna pecunie quantitate sub spe habendi quemdam equum pro quo obligacio facta fuit et quod postea idem Johannes contradixerat tradere et deliberare dictum equum predicto Petro...*

(2) Décisions de Jean des Mares (éd. Brodeau) : déc. 419.

SECTION DEUXIÈME

La théorie de la cause à partir du XVI^e siècle

Bien qu'ils soient entrés dans une voie nouvelle, les trois derniers siècles de notre ancien droit, n'ont pas rompu brusquement avec la tradition romano-canonique acceptée par les coutumiers. Ils l'ont plutôt épurée et systématisée. Passé au crible de la raison, vidé de toute substance historique, le droit romain reste encore une des bases de la théorie des obligations. La cause perd les derniers traits qui la rattachaient au Moyen-âge.

Commencée dès le xvi^e siècle, cette transformation provoquée par la jurisprudence fut achevée tardivement par la doctrine. Le xvi^e siècle libéra des dernières entraves romaines; la cause s'étendit à tous les contrats synallagmatiques. Le nom de Dumoulin reste lié à cet développement. Mais les auteurs n'ont fait encore que tirer toutes les conséquences des idées Bartolistes, ils n'ont pas amorcé de synthèse nouvelle. L'œuvre de la jurisprudence fut plus féconde, la cause y apparut tantôt comme doublant la théorie des vices du consentement, tantôt comme renforçant la nullité pour illicéité de l'objet; bref, elle fut, à tout propos, utilisée dans un but équitable. Cette extension grandissante la fit pénétrer dans tous les contrats, si bien que la doctrine aurait pu se borner à constater les résultats de ce travail jurisprudentiel antérieur. Elle

fit plus. Hantée par le souci de l'ordre naturel des conventions, elle compta la cause au nombre des éléments primordiaux de celles-ci, au même titre que le consentement et l'objet, en la distinguant avec soin du motif et de la condition.

Nous chercherons à faire la part de chacun de ces trois facteurs, idées du xvi^e siècle, jurisprudence, doctrine des xvii^e et xviii^e siècles, dans l'évolution de notre théorie.

CHAPITRE I

COUTUMES ET DOCTRINES DU XVI^e SIECLE

On pourrait presque entièrement passer sous silence les coutumes rédigées du xvi^e siècle. Elles semblent, dans le domaine des obligations contractuelles, avoir abandonné à la jurisprudence le soin d'adapter la tradition aux nouvelles nécessités économiques. Elles ne touchent^t aux conventions que tout à fait incidemment, soit dans un but de police, soit pour énumérer les privilèges procéduraux de l'obligation authentique ou sous sceau royal, soit pour répudier une règle romaine considérée comme désuète. Dès lors, leur rôle dans la formation de notre théorie est presque insignifiant. L'absence de réglementation laissait le champ libre à la doctrine; les auteurs travaillèrent activement. Mais la base sur laquelle ils auraient pu s'appuyer fit défaut, aussi leur œuvre devait-elle rester imparfaite.

I. — Coutumes rédigées

En recherchant à quelles conditions la cédule privée emportait hypothèque, ou l'obligation sous scel authentique exécution parée, les Coutumes amenaient indirectement leurs commentateurs à déterminer les conditions de validité de l'écrit probatoire. Ainsi se greffèrent naturellement sur des articles de coutumes étrangers à notre sujet des explications sur le rôle de la cause.

Au dire de Guy Coquille, pour être déclarée exécutoire, la cédula privée reconnue en justice ou par devant notaire doit être causée « avec expression de cause spéciale, propre pour engendrer action ». En l'absence de celle-ci, toutefois, si les circonstances, la qualité du souscripteur font présumer que l'obligation est souscrite pour une raison valable, le juge ne doit pas s'arrêter au défaut de rédaction de l'acte (1). Claude Ferrière, sur l'article 107 de la Nouvelle Coutume de Paris admettait, suivant certains docteurs italiens, qu'entre marchands, la promesse de payer valait même sans cause (2). Plus original, Brodeau, sur l'article 89 de la dite coutume, prétendait déterminer la qualité mobilière ou immobilière d'une cédula d'après la cause de la dette : était-elle faite pour prêt de deniers, vente de marchandises, etc., elle était réputée meuble ; était-elle, au contraire, causée pour soulte de partage d'héritages, par exemple, elle était dite immeuble (3). Peut-être y a-t-il dans cette explication une confusion, car sous le nom de cause, Brodeau n'entend pas seulement la catégorie juridique, vente, prêt, qui individualise la cédula, mais aussi l'objet, meuble ou immeuble du contrat.

En dehors de ces cas, où il était traité très incidemment de la cause, les coutumes furent amenées à prendre directement parti sur la réception ou l'exclusion de certaines

(1) Guy Coquille, *Questions et responses sur les articles des coutumes* qu. 319 : « Que les obligations sans déclarer les circonstances particulières ne sont valables : ... De vray c'est chose périlleuse et pleine de caption et insidiation que toutes paroles des personnes soient prises comme dites à bon escient et sérieusement, pour ce que souvent en devisant ou par autre occasion ou en riant, beaucoup de propos sont tenus ».

(2) Claude de Ferrière, *Nouveau Commentaire sur la coutume de la prevoté et vicomté de Paris*, art. 107, sur les mots : « cédula privée qui porte promesse de payer ».

(3) Brodeau, *Commentaire de la coutume de Paris*, art. 89, § 2 : « Ce que c'est qu'obligation ».

institutions, où la cause était impliquée : *exceptio non numeralae pecuniae*, *exceptio non adimpleti contractus*. Le plus souvent elles suivirent les errements d'une pratique antérieure.

On sait que jamais le droit français n'avait accepté sans réserve l'*exceptio non numeralae pecuniae* (1). Celle-ci lui semblait gênante, surtout peut-être, en ce qu'elle mettait obstacle à la pleine force probante de l'écrit. Faute de pouvoir combattre directement la loi romaine elle tenta d'en paralyser l'effet par le détour des renonciations; mais la doctrine savante s'opposa à cette tentative, l'école française contesta la valeur de la renonciation. Aussi, lorsque la coutume fut solidement constituée, elle prit une autre voie, plus radicale : elle supprima l'exception.

Tel fut le parti auquel s'arrêtèrent d'assez nombreuses coutumes du centre de la France et de l'Orléanais, à Lorris (2), Montargis (3), Orléans (4). La coutume de Berry précisait que cette suppression n'empêchait pas le défendeur de se libérer, en prouvant que l'argent ne lui avait pas été compté (5) : il pouvait même déférer le serment au créancier. L'interprétation plus restrictive de Pierre Rebuffe ne triompha pas (6).

Ce devint l'opinion commune. Dumoulin entendit en ce sens l'article 36 de la Coutume du Bourbonnais (7);

(1) Meynial, *Les renonciations...*, N. R. H., 1900, pp. 133 et s.

(2) *Coutume de Lorris* (éd. Tardif), ch. 21, art. 1.

(3) *Coutume de Montargis*, (in B. de Richebourg) ch. 20, art. 13.

(4) *Coutume d'Orléans*, (in B. de Richebourg) art. 144 : « En court laye... l'exception de deniers non comptés n'a lieu ».

(5) *Coutume de Berry* (éd. Thaumassière), tit. 2, art. 1 : « Exception de pécune non nombrée n'a lieu pour charger le demandeur ayant obligation ou cédule reconnue de preuve. Mais bien la pourra objicer le défendeur en prenant sur lui la charge de la preuve. Et pourra audit cas celui qui proposera ladite exception déférer sur icelle serment decisoire au créancier ».

(6) Voir Meynial, *Les renonciations...*, l. c., p. 139, note 3.

(7) Dumoulin, *Sur les coutumes du duché de Bourbonnais*. (Op. om., t. 2.), art. 36.

tel lui semble être le droit du royaume (1). Loisel [donne la maxime : « Exception d'argent non nommé n'a point de lieu » (2). Le créancier muni d'un titre écrit relatant la numération des deniers n'a plus à prouver la cause de son obligation : à elle seule, la déclaration contenue dans l'acte suffit à faire présumer l'existence réelle de la numération. Rappelons-nous que, dans la doctrine savante, on avait reconnu assez difficilement à certaines formules, limitativement énumérées, la vertu de prouver la numération des deniers, et qu'à la fin du xvi^e siècle, d'après Antoine Favre, le Sénat de Savoie n'accordait pareille force qu'à la déclaration du notaire affirmant que les deniers avaient été versés (3).

L'exclusion de l'*exceptio non numeratae pecuniae* renfermait donc singulièrement la force de la preuve écrite, à laquelle bientôt les ordonnances royales allaient donner un regain de vigueur (4). L'ordonnance de Charles IX prohiba même la preuve contre l'écrit mais il semble que les Parlements admirent toujours le débiteur à prouver que l'argent ne lui avait pas été compté (5).

Quant aux autres moyens, *exceptio non adimpleti contractus*, résolution de la vente, le silence presque général des Coutumes ne doit pas être compris, comme impliquant leur disparition. C'est dans la jurisprudence qu'il faudra chercher les traces de leur survivance.

(1) Dumoulin, *Sur la coutume d'Auvergne* (Op. om., t. 2), ch. 18 : *Generaliter observatur in toto regno*.

(2) Loisel, *Institutes coutumières*, liv. 5. tit. 2, 6.

(3) Antoine Favre, *Codex*, 4, 22, Déf. 1. : *Sane si non ex sola creditoris confessione sed ex ipsa notarii assertione probetur solutam fuisse pecuniam, neque de dolo quaerendum erit, neque de exceptione non numeratae pecuniae, sed de falso agi et in crimen solenniter... inscribi oportebit. (Ita Senatus, in relationibus libellorum, 31 Id. maii 1591.)*

(4) Voir Ord. d'Orléans de 1563, art. 8; Ord. de Moulins de 1566, art. 54.

(5) Cf. en ce sens, l'arrêt du Parlement de Toulouse de 1628 (Cambolas, *Recueil*, liv. 5, ch. 50), malgré l'ordonnance de Charles IX, Code Henry, liv. 4, tit. 3, 7, (cité d'après Meynial, *Les renonciations...*, l. c. op. cit., p. 140-note 3).

C'est seulement dans certaines coutumes, (Flandres et Franche-Comté), que l'on a relevé des mentions de l'*exceptio non adimpleti contractus* (1). L'exécution préalable ou ses équivalents y est toujours exigée tant de la part du vendeur que de celle de l'acheteur. Ainsi le vendeur doit placer la chose sous la main de justice ou offrir de la livrer, « avant que pouvoir tenter poursuite pour raison de contrat (2) ». Le Sénat de Dôle précise les conséquences d'une abstention : faute de la livraison d'une chose, il sera rejeté dès l'ouverture du procès (3).

Ce n'est pas non plus dans les coutumes rédigées, que se développe la résolution des contrats bilatéraux pour défaut de cause. Parfois, une réglementation fragmentaire donne au vendeur non payé dans le cas d'opération à terme le droit de reprendre la chose livrée et de la faire vendre, afin de se payer par préférence sur le prix. L'absence de cause n'influe pas directement sur les obligations; elle autorise l'anéantissement de l'effet translatif de la vente (4).

II. — Les doctrines du XVI^e siècle

L'œuvre des coutumes rédigées était imparfaite; elle se bornait à rejeter certaines subtilités des doctrines savantes, mais elle ne construisait rien. Ce silence risquait de devenir dangereux, car il pouvait laisser croire, qu'en dehors des cas, où elle affirmait son indépendance, notre législation acceptait toutes les théories des Docteurs,

(1) Voir Cassin, *De l'inexécution...* op. cit., p. 76.

(2) *Coutume de Tournai* (in B. de Rich., t. 2, p. 963), ch. 20, n. 2, 4 d'après Cassin, op. cit., p. 76, n. 1).

(3) *Decisiones senatus Dolani* (éd. Griveau): *Regulare est quod quicumque agit ex contractu mutuo et correspectivo, nisi prius ex sua parte adimpleverit a limine rejicitur* (d'après Cassin, op. cit., p. 76, n. 2).

(4) Voir Boyer, *La résolution...*, p. 337, citant l'art. 194 de l'ancienne Cout. de Paris, l'art. 65 de la Cout. de Nantes, l'art. 220 de la Cout. de Touraine, etc.

notamment l'exclusion de la cause dans les contrats nommés.

La doctrine du xvi^e siècle eut à combler ces lacunes, en définissant ce qu'était ce droit coutumier des obligations dont les textes officiels parlaient si peu. Lorsque celui-ci sera dégagé de sa gangue romaine, il apparaîtra comme véritablement original; mais, à notre époque, ses traits propres sont encore voilés. Des attardés subsistent, tels Tiraqueau, qui empruntent aux Bartolistes les linéaments de leurs œuvres (1). Nombre de juristes, devenus antiquaires à l'école de Cujas, restent étrangers à la spéculation théorique.

Le cercle est étroit de ceux qui, résolument novateurs, quittent les sentiers battus. Leurs efforts se dispersent : tandis que les uns extraient de nos premières œuvres coutumières des préceptes juridiques qu'ils formulent en brefs adages, d'autres demandent aux Bartolistes des armes pour les combattre. De la diversité des méthodes résulte la diversité des principes. Si Antoine Loisel assure qu'il est de règle en France, « qu'autant valent les simples convenances que les stipulations du droit romain », que « toutes actions sont de bonne foi » (2), si Dumoulin tient, sur la foi du droit canonique, égalé à la « *ratio naturalis* », que tout formalisme est inutile et qu'un pacte est sanctionné par une action (3), Duaren croit encore à la nécessité des formules stipulatoires (4), Connan nie absolument qu'une action puisse naître d'un pacte nu (5), An-

(1) Tiraqueau, *Tractatus Cessante causa, cessat effectus* (*Tractatus varii*, pp. 7-65).

(2) Loisel, *Institutes coutumières*, Liv. III, Tit. 1, 2; liv. 5, tit., 1, 1.

(3) Dumoulin, *Commentaria in Codicem* (*Op. om.*, t. 3, p. 603) C. 2, 3, *de Pactis*. Cf. Spies, *op. cit.*, pp. 221-225.

(4) Duaren, *Commentaire sur le Digeste*, D., 2, 14, 7, 2.

(5) Connan, *Commentariorum juris civilis libri X*, lib. V, 1, 2. La plupart des promesses sont proférées par jactance « *ab ostentatione* »; et ce serait un grand malheur si toute personne pouvait être obligée à la suite de chacun de ses dires.

toine Favre enseigne que la *causa pacti* ne doit pas s'entendre du motif qui pousse à contracter, mais du *negotium* inclus dans la convention (1), Doneau considère qu'il est dangereux de rendre obligatoire toute promesse (2).

Ce désaccord rejaillit sur la notion de cause. Elle resta pour les uns la prestation, *res*, qui rend le contrat obligatoire, tandis qu'elle devenait, pour les autres, l'affirmation du but final qui corrobore l'accord des volontés et le fait apparaître comme sérieux.

Cette dernière conception trouva un adversaire dans Connan, dont la doctrine, eût-elle triomphé, aurait marqué un glissement vers une théorie toute matérielle de l'obligation. Bien plutôt que de la volonté des parties, le rapport obligatoire naît d'un déplacement de valeur. Un enrichissement sans contre-prestation causerait un préjudice; aussi ne peut-il être que très exceptionnellement validé. La cause est assimilée à la prestation : c'est d'elle seule que dérive le *συνάλλαγμα*. Que peut être un pacte simple, une pure promesse, sinon un acte de gloriole et d'ostentation? Comment soutenir que l'équité en exige le maintien? Ce n'est pas aux mots, mais au poids des faits que celle-ci se mesure, où est l'iniquité dans l'observation d'une promesse *sine causa*? Le débiteur subira en l'exécutant un dommage plus grand que le créancier n'aura d'avantage à la recevoir. De ce point de vue, tout contrat est un échange réciproque plus ou moins gradué de prestations. Les contrats bilatéraux, à titre onéreux, n'échappent pas à la règle : ainsi la vente n'est parfaite que par la remise de l'objet, ou par ses équivalents, la fixation du prix par exemple. La cause est, ainsi, ce qui constitue véritablement le *συνάλλαγμα* (3).

(1) Antoine Favre, *Rationalia in Pandectas*, s. r. D., 2, 14, 7, 2, sur les mots *subsit causa et sed cum nulla*.

(2) Doneau, *Commentarii de jure civili*, 1, 7, § 3 et suiv.

(3) Connan, *Commentariorum juris civilis libri X*, liv. 5. ch. 1 : *Si pro-*

Nôtre théorie devait, sur un seul point, garder la trace de cette déviation. Le rôle de la cause dans le contrat synallagmatique était définitivement établi : l'absence de contre-prestation ouvrait droit à la résolution.

Très vite disparut l'idée que la cause était un élément extrinsèque à l'accord des volontés. Guy Coquille veut y voir un moyen d'éclaircir la véritable intention des parties, source des effets des conventions. Ce n'est pas assez de dire qu'on se reconnaît débiteur, « ains se doit dire en quel temps et pour quelle cause » (1). Dumoulin le répétera, en faisant allusion aux sources d'obligation non formelles, comme l'aveu des parties.

Mais, l'innovation capitale fut, tout en abandonnant la conception trop matérielle de Connan, de faire franchir au droit français les bornes que les Docteurs posaient à l'extension de la cause dans les contrats nommés. Ce fut l'œuvre de Dumoulin (2).

L'erreur des Bartolistes est d'étendre à tous les contrats nommés, une règle dont l'application est faite par le droit romain à la vente seule. Il n'est pas douteux qu'un bailleur ne puisse expulser son locataire, pour mauvais usage de la chose louée ou pour défaut de paiement du prix de location (3). C'est donc un abus que d'admettre l'exclu-

misi tibi centum cum nulla esset causa cur promitterem, et plus damni facturum sim in dando, quam tu in accipiendo commodi, quae tandem erit iniquitas, si non dederim? Ch. 2 : *Causam obligationis non esse in nomine sed in eo quod « synallagma » vocamus... Contractus enim nomen a contrectatione est, quum ad se quisque rem alterius attrahit.* Cf. Capitant, *De la causa des obligations*, op. cit., p. 161.

(1) Guy Coquille, *Questions et réponses sur les articles des Coustumes*, Qu. 319, citée p. 220, n. 1.

(2) Sur la théorie de Dumoulin, voir Boyer, op. cit., p. 343-349.

(3) Dumoulin, *Nova et analytica explicatio rubricae et legum I et II de verborum obligationibus*, (Op. Om. t. 3, p. 12), in rubr. 58 : *Primo extendunt dictam legem in civile (C., 3, 32, 12) ad omnes contractus nominatos, quod est falsum : ut patet in locatione quae est contractus nominatus et tamen si conductor male utitur vel cessat solvere non tenetur locator agere ad interesse vel ad mercedem conventam : sed potest conductorem expellere.*

sion de la résolution dans toutes sortes de contrats. Reste la vente. Ici encore les Docteurs ont affirmé plus qu'il ne ressort de l'examen des textes romains. Supposons qu'une chose ait été livrée, et que le vendeur, se fiant à l'acheteur, lui ait accordé un délai pour le paiement du prix. Dans quelle mesure, pourra-t-il réclamer la résolution du contrat si, au jour fixé, il n'a pas touché le prix ? Uniquement, répond Dumoulin, lorsque le paiement de ce prix au jour fixé, a été pour lui, la cause déterminante de la vente. Ainsi, j'ai consenti à vendre un domaine rural, je l'ai déjà livré à l'acheteur. Le prix que j'espère retirer de l'aliénation doit me servir à racheter une maison de famille, que j'avais vendue, me réservant la faculté de la racheter, à une certaine date. C'est dans l'espoir de pouvoir exercer le réméré que j'ai demandé à l'acheteur du domaine rural de verser le prix à jour fixe, et c'est ce motif spécial qui m'a poussé à vendre ce domaine : il est donc la cause finale de mon engagement ; faute d'elle, celui-ci doit tomber ; je puis agir en résolution de la vente de mon bien rural (1).

Cette explication confondait, on l'a remarqué, cause finale et motif (2). Elle restreignait la portée de la résolution, puisque celle-ci ne devait jouer que dans le cas spécial où le paiement du prix pouvait être, par suite des circonstances exceptionnelles, regardé comme la cause finale de l'engagement du vendeur. Si celui-ci n'avait pas une raison très pressante de désirer le paiement du prix, il devait se contenter de l'action en exécution, très avantageuse puisqu'elle lui permettait d'obtenir non seulement le prix, mais des dommages-intérêts supplémentaires. Dumoulin admet très nettement cette limite (3).

(1) Dumoulin, *loc. cit.*, cité par Boyer, *op. cit.* p. 346, note 46.

(2) Boyer, *op. cit.*, p. 349.

(3) Dumoulin, *loc. cit.* : *Non enim procedit indistincte, etiam re (habita fide de pretio) tradita : sed tunc demum quando venditoris non interest, nec interesse potest nisi ratione pretii.*

Il connaît bien la résolution dans le cas où la dette du prix a disparu par l'effet d'une force majeure, lorsqu'une loi, par exemple, a supprimé cette dette. Mais l'hypothèse est trop spéciale, pour qu'on puisse l'étendre au cas de manquement volontaire.

Pourtant, Dumoulin était sur la voie d'une théorie générale de la résolution. Admettre que la recherche d'une cause finale — ce terme fût-il entendu au sens particulier de motif — était tolérée dans les contrats nommés, c'était s'inscrire en faux contre l'opinion traditionnelle qui entendait exclure la résolution des contrats nommés. Il suffira que les successeurs de Dumoulin cessent de limiter sa doctrine au cas spécial où un motif joue le rôle de cause finale, pour qu'elle puisse donner tous ses fruits. Ce sera l'œuvre de la jurisprudence du xvii^e siècle.

CHAPITRE II

LA CAUSE EQUITABLE DE LA JURISPRUDENCE FRANÇAISE

Plus audacieuse que la doctrine, la jurisprudence des Parlements, depuis le ^{xvi}^e siècle, rompt les dernières attaches avec les subtilités du droit savant. Les arrêts restent encombrés de citations de lois romaines, mais derrière cet appareil désuet, apparaissent des tendances neuves et hardies, hostiles à une théorie étroite de la cause, trop procédurale, donc trop formaliste. Dominées par le souci de l'équité, ces décisions entraîneront le triomphe de la bonne foi. En même temps, surgissent des hypothèses nouvelles, souvent suscitées par la législation royale, auxquelles on doit appliquer l'idée de cause. Mais une pareille adaptation ne va pas sans une sensible extension de cette notion elle-même.

Ces constatations sont valables pour tous les Parlements du Royaume. Entre eux, en effet, règne une unité de jurisprudence, cimentée par les arrêts des Cours parisiennes. Ce sont les mêmes principes pseudo-romains, les mêmes règles tirées des Ordonnances qui s'appliquent au Nord comme au Midi, les coutumes ayant passé sous silence la matière des obligations. Aussi, est-ce d'après le *casus*, non d'après la provenance, qu'il convient de classer les décisions jurisprudentielles. Nous verrons à quelles larges théories les Parlements arrivent à propos du billet

ou de la cause illicite; nous montrerons combien la cause se rapproche de l'objet dans les contrats synallagmatiques; des motifs et de la condition dans les donations et les legs.

I. — De la cause du billet

C'est dans la jurisprudence du Parlement de Paris que se reflètent le mieux les hésitations que provoqua la rupture avec le système romano-canonique.

Au xvi^e siècle encore, la nullité de la lettre où la cause n'est pas exprimée est affirmée par une série d'arrêts. En 1511, la force exécutoire est déniée à une lettre obligatoire sans cause; le juge doit de suite en déclarer la nullité, sans adjuger aucune provision, s'il y a eu opposition contre l'exécution (1). Le 18 mars 1586, une cédule contenant promesse de payer mais ne mentionnant pas la cause est dite nulle : elle n'emportera donc pas hypothèque. En 1598, encore, le Parlement fait droit à l'appel de Martin David, marchand, obligé par une cédule sans cause, contre la sentence des Requêtes du Palais le condamnant à payer par provision (2).

Mais la rigueur de ces décisions est cependant tempérée par rapport aux anciens usages. L'arrêt de 1511, déjà, laissait au juge la faculté d'entendre les parties sur la raison de leur obligation, encore qu'il ait prononcé la nullité de l'écrit (3). Si le débiteur avoue sa dette, il sera vraisemblablement condamné. C'est un moyen indirect de faire valoir l'obligation.

Plus large, et gros de l'avenir, est le système d'interpré-

(1) Rebuffe, *Traité des lettres obligatoires*, art. 1, gl. 9, n^o 25. Cf. Alexandresco, *Du billet non causé*, thèse Paris, 1912, pp. 45-67, et déjà Brissaud, *De la notion de cause*, pp. 213-218.

(2) Arrêt cité par Bouchel, *La Bibliothèque ou Trésor du Droit français*, v^o Cédule.

(3) Cf. Bouchel, *op. cit.*, v^o obligation.

tation, rappelant les idées de Balde, posé par un arrêt du 15 décembre 1544 (1). D'après lui, au lieu de considérer les termes brutaux de la cédule, il convient d'avoir égard aux circonstances du billet et à la qualité des souscripteurs : un écolier se reconnaît-il débiteur et promet-il de payer une pension à un principal de collège, on présume que la cause est notoire, comme si elle avait été écrite (2). Nombreux sont les exemples où joue la règle : promesse d'un voyageur à un hôtelier, d'un malade à un médecin, d'un soldat à un armurier, d'un plaideur à son procureur, etc. Toutefois, un doute peut subsister. Alors, sans tenir compte de la qualité des parties, les juges s'arrêtent aux termes du billet. Si celui-ci contient confession de devoir et promesse de payer, il suffit à fonder une condamnation, déclare un arrêt de 1567. « la reconnaissance de devoir emporte une cause de prêt (3) ». A l'inverse, est regardée comme une simple recommandation, sans pouvoir d'obliger celui au nom de qui l'on écrit, la lettre par laquelle une personne assure un maître de pension que le père de l'écolier devenu son élève, est solvable et « homme de bien ». Il n'y a pas promesse de payer (4). De même, une simple déclaration de dette contenue dans un testament n'oblige pas l'héritier (5). L'on rapporte qu'en une affaire jugée le 4 février 1582, le premier président, De Thou, avait dit qu'il ne fallait point s'arrêter aux subtilités du droit romain, mais considérer la qualité et manière d'user des souscripteurs des cédules.

(1) Cf. Bouchel, *op. cit.*, v° obligation.

(2) Cf. Bouchel, *cod.* v°. Cette interprétation sera d'ailleurs rappelée au 17^e siècle. Cf. Alexandresco, *op. cit.*, p. 55.

(3) Cf. Bouchel, *op. cit.*, v° Cédule.

(4) Arrêt cité par Bouvot, *Nouveau recueil des arrêts de Bourgogne*, Genève, 1623, l. II, p. 121.

(5) Arrêt du 7 septembre 1558 cité par Charondas le Caron, *Réponses et Décisions du Droit françois confirmées par Arrêts des Cours souveraines*, Paris, 1612, L. III, Rep. III, p. 56.

C'était renverser le principe traditionnel de la nullité du billet non causé, et s'affranchir de la tutelle du droit savant.

Au xviii^e siècle, l'interprétation libérale est devenue prépondérante, si bien qu'il a fallu une déclaration expresse pour y soustraire le droit des commerçants : la lettre de change doit toujours exprimer la valeur reçue (1).

Un arrêt de règlement du 16 mai 1650 tenta de faire retour au système de la nullité pour absence de déclaration de la cause. Il fit défense aux marchands, plus généralement à toutes personnes, de se servir de billets « qui ne soient remplis du nom du créancier et des causes pour lesquelles les promesses ou billets avaient été faits ou passés (2) ». Mais cette défense générale ne fut jamais respectée. Elle fut entendue comme touchant seulement le droit du commerce : c'est au titre « lettre de change » que la *Bibliothèque des arrêts* rapporte la décision de 1650 (3).

Dès 1659, une promesse sans cause est jugée valable par la Grand'Chambre (4). Le 16 mai 1664, sur sa simple promesse de payer, un débiteur est condamné, mais le créancier a été obligé d'affirmer que la somme lui était légitimement due (5). Cette jurisprudence est défendue

(1) Cf. Alexandresco, *op. cit.*, pp. 49 et s., pour lequel cette règle montrerait le maintien de la nullité pour défaut de cause. Il paraît certain, au contraire, que l'on a là une exception aux usages habituels.

(2) Cf. Merlin, *Questions de Droit*, v^o *Cause des obligations*, § 1, n^o 1. V sur cet arrêt, Alexandresco, *op. cit.*, p. 49 et s.

(3) Jovet, *La Bibliothèque des Arrêts de tous les Parlements de France*, Paris, 1669, v^o *lettre de change*.

(4) *Journal des Audiences*, t. 1, l. 10, ch. 10.

(5) *Journal des Audiences*, t. 2, l. 3, ch. 31. Brodeau, sur Louet, *Recueil de plusieurs arrêts notables du Parlement de Paris*, Paris, 1742, t. 2, p. 588, rapporte que lors d'un procès tendant à faire annuler un billet sans cause souscrit par un mineur aux armées, l'Avocat Général Le Nain distinguait « si selon la disposition du droit romain on était restituable contre un billet dans lequel il n'était expliqué aucune cause de l'obligation d'avec l'obligation d'un mineur faite sans cause ce qui prouvait la lésion ». L'arrêt annula la créance parce que le créancier ne pouvait prouver que le mineur eût profité d'aucune chose.

par l'avocat général De Lamoignon dans une cause venue à la Tournelle civile le 27 janvier 1689 : « Il est à souhaiter que les anciens règlements faits contre les billets sans cause soient exécutés; mais il est certain que ces sortes de billets sont dans l'usage ordinaire du commerce : le débiteur sait donc qu'il s'oblige ». Aussi demande-t-il la confirmation de la sentence ordonnant le paiement (1).

Postérieurement, quelques arrêts semblent admettre une distinction suivant la nature du titre constatant la dette, distinction qui rappelle la doctrine d'Hostiensis. Tandis que le billet sous seing privé reste valable malgré sa forme abstraite (ainsi jugé le 29 juillet 1706), l'obligation notariée exige pour sa validité la mention de la cause, comme le décide un arrêt du 30 août 1716 (2). Au xvi^e siècle déjà, Papon recommandait aux notaires de s'instruire de la cause des actes qu'ils passaient (3).

*
* *

Le passage d'un système formel à un système équitable est visible dans la jurisprudence des autres Parlements.

La validité du billet dont la cause n'est point exprimée est admise par les arrêtistes bourguignons. L'un deux, Fleutelot, entend la loi romaine ainsi : il faut une cause d'après elle, mais il n'est pas nécessaire que cette cause soit exprimée (4). En 1647, le Parlement de Dijon valide une promesse dont la raison n'est point indiquée (5). Le débiteur apparent aura beau jurer qu'il ne doit rien. « objecter des circonstances de fait considérables et pro-

(1) V. Alexandresco, *op. cit.*, p. 56.

(2) V. Alexandresco, *ibid.*

(3) Papon, *Le parfait notaire*, liv. III, De stipulation.

(4) Fleutelot, *Recueil d'Arrêts rendus au Parlement de Dijon*, ms. Bibliothèque des Avocats... de Dijon, t. 1, p. 342.

(5) Fleutelot, *op. cit.*, *eod. loc.*

ables *pro non debito* », bailli et Parlement le condamnent à payer. Ainsi fut-il jugé en 1666 : Claude Fichot, laboureur avait signé une promesse sur le livre de raison de Simon Duod, marchand, sans expression de cause ; il dut exécuter son obligation malgré ses protestations. Encore, la reconnaissance de dette n'était-elle pas écrite de la main du débiteur. Claude Fichot, illettré, avait seulement apposé sa signature et le fils du marchand avait écrit la promesse (1). En 1736, un arrêt réforme la sentence d'un bailli, condamnant un débiteur à payer, mais sans se fonder sur le motif d'absence de cause, invoqué par l'intimé (2). On voit donc que la jurisprudence bourguignonne ne s'arrête pas à la mention de la cause, mais à son existence réelle. Peut-être eut-elle tendance à considérer que, du seul fait de la souscription d'une obligation, quelles qu'en fussent les circonstances, le débiteur devait être regardé comme s'étant engagé à bon escient.

En Bretagne, l'opinion de Perchambault (3) sur l'art. 9 du titre 11 de la coutume, portant que les obligations « ne laisseront pas d'être valables quoique la cause pour laquelle on les fait ne soit pas exprimée, pourvu qu'elles soient de bonne foi », est adoptée au xvii^e siècle à Rennes. Un arrêt du 12 décembre 1602 présume qu'une reconnaissance de dette passée à un chirurgien l'a été pour soins et médicaments. Les circonstances du billet laissent présumer la bonne foi du souscripteur. On peut encore citer une exception à la nécessité d'une cause : les obligations volontairement reconnues en la juridiction des Consuls, bien qu'elles ne soient pas « conçues pour marchandises » sont reconnues valables en Normandie (5).

(1) Nicolas Perrier, *Recueil d'arrêts*, ms. Bibliothèque des Avocats... de Dijon t. 1, p. 156.

(2) Fleutelot, *op. cit.*, *eod. loc.*

(3) Cf. Ferrière, *Dictionnaire de pratique*, t. 2, v^o obligation.

(4) Cf. Alexandresco, *op. cit.*, p. 54.

(5) Arrêt du 22 mai 1637, cité par Basnage, *Commentaires sur la coutume de Normandie*, art. 546.

Les Parlements du Midi se rallient à la doctrine commune, quoique plus tardivement. Au ^{xvii}e siècle, le Parlement de Toulouse hésitait, au dire d'Albert (1). L'acte abstrait était suspect, surtout s'il était souscrit par un mineur : un arrêt de 1666 exige que le billet fit mention de sa cause, et qu'en outre le créancier justifie de l'emploi de la somme prêtée à une fille mineure. A part cette restriction, au ^{xviii}e siècle, l'opinion est favorable à la validité du billet sans cause, si les faits laissent présumer l'existence d'une cause véritable (2). Un arrêt du 1^{er} août 1737 exprime nettement cette distinction ; l'absence de mention de la cause ne justifie pas la nullité du billet, il faut en plus la preuve de la fausse cause (3). Le même Parlement confirme en 1754 la sentence du sénéchal de Rouergue qui, en appointant en droit une contestation élevée sur un billet non causé, avait condamné par provision le débiteur à en payer le montant sous bonne et valable caution (4). Ainsi, c'est de l'existence réelle de la cause que dépend la validité du billet.

Une déclaration injustifiée de cette dernière n'est pas un obstacle à la rescision. C'est ainsi que, d'après un arrêt du Parlement d'Aix de 1704, l'absence de cause — entendons de cause véritable — ouvre droit à la nullité (5). Dès le ^{xvi}e siècle, Charondas le Caron remarquait que la mention d'une cause n'était souvent qu'un mensonge et conseillait d'être aussi attentif à rechercher la cause dans un billet où elle figurait que dans un acte dont elle était absente. La preuve par témoins pouvait être reçue, malgré l'ordonnance de Moulins qui ne supprime pas la preuve

(1) *Arrêts de la Cour du Parlement de Toulouse, v^o obligation*, p. 313.

(2) Balthasar Debèzieux, *Arrêts notables de la Cour du Parlement de Provence*, t. IV, ch. 2, § 2. Cf. Alexandresco, *op. cit.*, p. 59.

(3) Merlin, *op. cit.*, p. 213.

(4) Merlin, *op. cit.*, p. 212.

(5) Debezieux, *loc. cit.*

testimoniale du dol et de la fraude. Lorsque la véritable cause sera découverte, le billet sera nul (1); il en est de même si ce motif est faux ou a cessé d'exister. Tel est le cas d'une reconnaissance souscrite à titre de prêt par un jeune homme à une jeune fille : elle est de nul effet, la cause défailant, car la cédule a été faite par jeu et plaisir et en vue du futur mariage qui n'a pas eu lieu. (Ainsi jugé aux Grands Jours de Poitiers, le 12 octobre 1509) (2). De même une obligation souscrite pour prêt est annulée en 1580, la vraie cause étant la rançon (3).

II. — De la cause illicite

Nombreuses sont les hypothèses où la jurisprudence trouva dans le caractère illicite de la cause un moyen commode d'annulation d'un acte contraire à l'ordre moral ou aux dispositions des Ordonnances royales.

Peut-être corrigea-t-elle à l'instigation de la doctrine le principe de la nullité par l'adage *nemo auditur propriam turpiludinem allegans* (4).

Afin de tourner les défenses réitérées des Ordonnances interdisant certains jeux et annulant les dettes issues d'eux (5), il arriva que les souscripteurs des billets furent tentés de déguiser la cause de leurs cédules en une cause

(1) Charondas le Caron, *Réponses du Droit françois*, l. III, Rep. III, p. 56.

(2) Charondas le Caron, *op. cit.*, l. XIII, Rep. LXXXI, p. 516.

(3) Charondas le Caron, *op. cit.*, l. III, Rép. III, p. 56.

(4) Sur la règle *nemo auditur*, dans l'ancien droit, voir Wagner, *De la nullité de la cause illicite*, thèse Paris, 1900, pp. 27-32. Savatier, *Effets et sanction du devoir moral*, thèse Poitiers, 1916, p. 435. Tzarano, *Etude sur la règle nemo auditur*, thèse Paris, 1926, pp. 21-27. Ces auteurs montrent que l'adage est conservé dans la doctrine du XVIII^e siècle; ils n'indiquent aucune décision jurisprudentielle.

(5) Ord. de 1319, de 1369, de 1485; Déclaration du 3 mai 1611; Ord. de 1629, art. 1370; Déclaration du 1^{er} mars 1781. Cf. Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, v^o jeu, pp. 551, 552.

licite, par exemple en un prêt. La jurisprudence eut à déjouer cette fraude : elle fixa la portée des Ordonnances et les modalités de la preuve de l'illicéité.

On prétendait restreindre l'interdiction royale, en l'écartant pour certaines personnes et pour certains jeux. Les gentilshommes n'y échappaient-ils pas ? Ne leur était-il pas permis de consentir des obligations pour de l'argent perdu au jeu, sans qu'ils pussent être relevés de leur promesse ? Charondas rapporte plusieurs arrêts du Parlement de Paris favorables à cette interprétation (1). Mais en 1662, la Chambre des enquêtes n'admit aucune exception, les ordonnances ne distinguant pas. Cependant, si au civil aucune obligation n'existe, il subsiste une dette d'honneur que reconnaît le tribunal des maréchaux de France (2).

La nullité atteint-elle tous les jeux, même ceux où dominant l'adresse et la science ? Un arrêt du Parlement de Paris du 6 mai 1603 y fait échapper le jeu de paume et condamne le perdant à exécuter la dette contractée. Pareille faveur n'est accordée qu'aux gentilshommes militaires qui se rendent mieux aptes au service du roi. Mais l'ordonnance postérieure de 1629 dit en termes généraux : « toute dette contractée pour le jeu... est nulle ». Aussi, semble-t-il que, dès la fin du xvii^e siècle, la jurisprudence dénie l'action de jeu dans tous les cas (3) : on allègue qu'un jeu ne doit jamais être considéré comme un acte de commerce susceptible de produire un effet pécuniaire.

(1) Charondas le Caron, *op. cit.*, liv. III, *passim*.

(2) Jusqu'à concurrence de 1.000 livres, d'après l'ordonnance des maréchaux du 6 mai 1760. (Guyot, *op. cit.*, v^o *jeu*, p. 554.)

(3) La preuve du caractère illicite peut être administrée, même par témoins, bien que l'obligation dépasse 100 livres. V. Poullain du Parc, *Principes du droit français* (Rennes, 1770), t. 8, p. 71, n. 1.

Comment prouver la simulation de la cause du billet ? Les arrêts des Parlements montrent qu'ils admettaient assez largement plusieurs moyens : aveu du créancier ou témoignages. Ainsi, d'après des arrêts de 1622 et de 1662 du Parlement de Provence, le créancier demandeur doit jurer que l'obligation dont il réclame l'exécution ne provient pas d'argent gagné au jeu (1). En 1745, devant le Parlement de Paris, une veuve est amenée à confesser, lors d'un interrogatoire sur faits et articles, que le billet souscrit par son mari provenait d'un gain réalisé au jeu (2). Si le débiteur prétend se soustraire à la réclamation du créancier, alors que ce dernier en a affirmé le caractère licite, le Parlement de Dijon admet la preuve par témoins. Un arrêt de la Grand'Chambre, du 23 mars 1743, réduit à deux les faits qui doivent être prouvés : le jeu au cabaret, les pertes de celui qui s'est reconnu débiteur (3). Parfois même on alla jusqu'à présumer l'origine illicite de certaines dettes ; ainsi, défense étant faite de fréquenter les tavernes et cabarets, le Parlement de Dijon annulait le 2 mai 1608, toute promesse, cédule, obligation, au profit des taverniers (4).

Si la promesse fondée sur une dette de jeu véritable est considérée comme illicite, à fortiori, de la gageure ne doit-il naître aucune action.

La doctrine, avec Du Moulin, prétendait ne reconnaître que la gageure d'où résultait *certamen propter virtutem* (5). Certains, comme Loyseau, proposaient même

(1) Debezieux, *op. cit.*, l. IV, ch. 2, § 3. Cf. pour le Parlement de Toulouse, Catelan, *Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse*, Toulouse, 1705, vol. 1, l. 5, ch. 60, p. 337.

(2) Guyot, *op. cit.*, v^o jeu, p. 553.

(3) Fleutelot, *op. cit.*, t. 1, v^o jeu, p. 400.

(4) Bouvot, *Nouveau recueil des arrêts de Bourgogne*, Genève, 1623, l. 1 p. 231.

(5) Dumoulin, t. de *usuris*. Cf. aussi Debezieux, *op. cit.*, l. IV, ch. 12, § 1.

d'étendre cette faveur à la gageure réelle, c'est-à-dire à celle dont l'objet avait été consigné entre les mains d'un tiers. Comme la simple promesse était insuffisante à fonder une action, s'il y avait eu remise de l'objet à un tiers, le débat était porté sur le terrain de la possession (1). Mais l'opinion contraire était soutenue par d'Espeisses (2), qui admettait la validité des gageures, n'ayant pas une cause déshonnête.

La jurisprudence fut moins restrictive que la doctrine. Elle reconnut, au moins au xvii^e siècle et dans les pays du Midi, le caractère obligatoire de la gageure sans consignation (arrêt du Parlement d'Aix de 1662, arrêt de la Cour des Aides d'Aix, de 1666) (3). Elle accepta aussi la licéité plus largement que la doctrine; si la cause n'est pas déshonnête et si son objet n'est pas trop important, la gageure est valable. Trop forte, elle serait regardée comme l'œuvre d'un insensé. Mais, dans ces limites, les arrêts sanctionnent le pari.

L'arrêt précité de la Cour des Aides de Provence de 1666 condamne le perdant à payer deux pistoles « quoi qu'il eût été dit que les gageures n'estoient que sur choses qui dépendent du hazard ». En l'espèce, deux plaideurs avaient gagé qu'ils gagneraient leur procès. Le Parlement de Toulouse s'était rallié en 1642 au système de Du Moulin; la gageure est un jeu autorisé *propter virtutem* seulement, fût-ce en chose minime. Deux pistoles avaient été gagées sur le mariage de Louis XIV; une action fut refusée au gagnant (4). Mais en 1668, notre Parlement se déjuge dans l'affaire suivante. Un curé surprend un paysan moissonnant; nos deux hommes gagent sur le nom-

(1) Loyseau, *Du Deguerpissement*, l. 4, ch. 3, n° 8 et 9.

(2) D'Espeisses, *Œuvres*, Lyon, 1750, t. 1, titre X, p. 264.

(3) Boniface, *Arrêts notables de la Cour du Parlement de Provence*, Paris, 1670, t. 1, l. 8, t. 23, ch. 1, (cité par d'Espeisses, pp. 264, 265).

(4) Albert, *Arrêts de la Cour du Parlement de Toulouse*, Toulouse, 1731, p. 226.

bre de gerbes qui doivent compter pour la dîme. Il y en a trente, dit le paysan; quarante prétend le curé. L'un parie toute sa récolte; l'autre toute sa dîme. Un passant les départage; il compte trente gerbes. Le curé ayant perdu, le paysan refuse de payer la dîme. On allègue en justice que la gageure est contraire aux bonnes mœurs, à l'intérêt public; rien n'y fait. L'arrêt de 1668 déclare la gageure valable (1).

Une promesse qui récompense des services rendus pour obtenir une faveur est-elle illicite? Peut-on trafiquer de son influence? Un marchand avait souscrit un billet causé « pour soins pris et à prendre », afin d'obtenir l'expédition et le paiement d'une ordonnance de 39.200 livres de gratification, accordées par le roi à une Compagnie de manufactures. Débouté en première instance de la rescision qu'il impétrait, il allègue devant la Chambre des enquêtes du Parlement d'Aix que le créancier ne peut se prévaloir d'une promesse dont la cause est nettement illicite, comme contraire aux bonnes mœurs. Jamais en France, action n'a été accordée pour faire valoir les promesses obtenues du prince par crédit, comme le permettait la loi romaine. L'arrêt d'annulation de 1704 relève que la promesse doit être cassée pour une double raison : il est défendu aux gens d'affaires de faire un pacte avec ceux qui se confient à leurs soins, et, surtout, le billet doit être considéré comme sans cause réelle. Les mots « pour soins pris et à prendre », ne sont qu'une « fausse couleur, » insuffisante à fonder l'obligation (2).

(1) Catellan, *Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse*, Toulouse, 1705, t. 2, l. 5, ch. 61, p. 350. Arrêt cité par Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, *op. cit.*, 1784, v^o *gageure*.

(2) Debezieux, *op. cit.*, l. IV, ch. 2, § 2. Cf. dans le même sens les arrêts du Parlement de Paris des 14 mars 1777 et 7 septembre 1785, cités par Merlin, *op. cit.*, p. 216.

III. — La cause dans les accords synallagmatiques

Nous n'avons pas à retracer l'évolution de la notion de cause dans les contrats bilatéraux; l'histoire en a déjà été faite (1). Contentons-nous de rappeler brièvement les points acquis.

C'est à propos de la résolution pour non-paiement du prix que se posa le problème de la connexité des obligations dans les conventions synallagmatiques. On sait le rôle que joua Dumoulin dans la formation de la doctrine. Ses idées influencent, à partir de 1570, les décisions des Parlements. Antérieurement, les arrêts ne reconnaissent au vendeur que très exceptionnellement, en cas de clause expresse insérée dans le contrat, le droit de reprendre la chose livrée, si le prix n'en a pas été payé (2). Parfois, il n'obtenait qu'un simple droit de préférence sur les autres créanciers de l'acheteur. Peu à peu, la protection accordée au vendeur fut renforcée : on en vint à considérer que le droit réel qui lui était reconnu sur la chose livrée pouvait être sanctionné par une véritable revendication, fût-ce en l'absence d'une clause expresse. A partir de 1574, le Parlement de Paris admet cette solution, au moins pour les ventes de meubles (3). Une jurisprudence analogue s'affirme à la fin du xvi^e siècle en Normandie et en Bretagne (4). En même temps, une interprétation plus approfondie tire de ces décisions une théorie générale de la résolution : le droit du vendeur devient opposable aux tiers qui avaient acquis sur la chose un droit réel, à la seule condition que ce droit n'ait pas entraîné le dessaisissement de l'acheteur.

(1) Boyer, *Etude historique sur la résolution*, *op. cit.*, pp. 350-380.

(2) Boyer, *op. cit.*, p. 351.

(3) Le Vest, *Arrêts*, n° 137, cité par Boyer, *op. cit.*, p. 354, note 4.

(4) V. Boyer, *op. cit.*, p. 356, notes 15 et 16.

Seuls les Parlements du Midi furent plus restrictifs. A Toulouse, un arrêt de 1589 refuse de laisser reprendre par le vendeur la chose dont le prix n'a pas été payé (1). Peut-être y eut-il des atténuations favorables aux ventes mobilières. Le Parlement de Bordeaux finit, au début du xvii^e siècle, par reconnaître au vendeur un privilège sur le paiement du prix (2).

Toutes ces décisions sont expliquées par l'idée de clauses et conditions tacites, assez voisines de la notion de cause finale, pratiquement confondues avec elle au dire de Guy Coquille (3).

IV. — La cause de la donation et du legs

Qu'entendre par cause de la donation? L'*animus donandi* est-il une cause suffisante? Comment distinguer cause finale et motif?

Pour demander la rescision de l'ordonnance d'insinuation, l'auteur d'une donation invoquait entre autre vices, que l'acte de donation était sans cause : il ne rémunérait aucun service et n'était pas consenti pour obtenir un avantage, l'amour seul l'avait inspiré. Le défendeur remarquait que la vraie donation n'avait point d'autre cause que la libéralité et la gratitude du donateur; s'il s'y était mêlé quelque intérêt, ce n'aurait plus été une libéralité. Le Parlement de Provence, par arrêt du 28 mars 1675 annula la donation, mais il ne retint comme moyen que celui fondé sur le trouble du consentement : « la passion de l'amour trouble la raison et la liberté d'esprit. » C'était admettre implicitement que l'*animus donandi* était à lui seul une cause suffisante (4).

(1) Despeisses, *De l'achat*, (Œuvres, t. I, pp. 26 et s.) cité par Boyer *op. cit.*, p. 364, note 45.

(2) Boyer, *op. cit.*, p. 365.

(3) Boyer, *op. cit.*, p. 373, note 75.

(4) Boniface, *Arrêts notables de la Cour du Parlement de Provence*, t. 7, t. 5, ch. 1, p. 413.

Mais un motif particulier peut avoir dicté cette intention, telle qualité d'une personne par exemple. Sans lui, le donateur n'eût pas voulu s'engager. La jurisprudence considère que son effet est d'apposer à la donation comme une condition imparfaite : si celle-ci ne suspend pas l'effet de la donation, elle oblige le donataire à remplir les vœux de son bienfaiteur, et faute par lui d'y satisfaire, à rendre et délaisser les choses données. C'est, en somme, une donation *sub modo*.

Comment distinguer ce qui joue le rôle de cause finale, du simple motif qui reste sans influence? Un vieillard fait une donation de certains biens à une jeune homme de «bonne volonté pour être prêtre.» L'acte est publié en l'Eglise comme un titre clérical et le donateur meurt *ab intestat*, trois ou quatre ans après, ayant conservé la possession des biens. L'héritier sera-t-il condamné au délaissement définitif, comme si le donateur n'avait agi que par affection pour la personne gratifiée ou pour faire une bonne œuvre, par exemple la tirer d'indigence? Ou bien, tout en condamnant l'héritier, imposera-t-on au donataire la charge d'exécuter ce qui paraît être la cause finale de la donation : se faire prêtre? L'héritier prétendait faire triompher cette dernière interprétation. L'arrêt du Parlement de 1644 y fit droit : l'héritier dut délaisser les biens compris dans la donation, sous la condition que le donataire se ferait prêtre dans les trois ans (1).

Conformément à la doctrine commune, la cause illicite est un motif de nullité. Ainsi, la donation de tous biens en propriété par contrat de mariage, faite par une femme âgée de quatre-vingts ans, convolant en cinquièmes noces avec un homme de quarante ans, n'est pas considérée comme valable par le Parlement de Paris (2).

(1) Catellan, *Arrêts remarquables du Parlement de Toulouse*, t. 2, l. 5, ch. LXIX, p. 345.

(2) Auzanet, *Arrêts du Parlement de Paris*, l. 1, ch. XCII, p. 127.

Quant au legs, une distinction traditionnelle le sépare, en apparence, de la donation : il vaut sans expression de cause; les arrêts reprennent la formule romaine : *ratio legandi legato non cohaeret* (1).

Mais si le legs a eu lieu en considération d'une cause, lorsque celle-ci disparaît, la disposition doit tomber. Sur le faux bruit que son fils, absent depuis quatorze ans était mort, un père lègue ses biens aux pauvres. Le fils revenu, les administrateurs de l'Hôtel Dieu d'Orléans lui opposent le testament. Par arrêt du Parlement de Paris en 1578, le testament est cassé et le fils restitué (2). En 1616, sur une réclamation d'héritiers dont l'auteur avait adressé un legs à une jeune fille « *sub causa finali de futuro* » de se marier ou d'être religieuse, on pose la question : est-ce une cause, une condition ou un mode? Si la cause pouvait défaillir par la mort de la fille, le legs était sujet à restitution. Partant, le père de la légataire, son tuteur naturel devait bailler caution de cette restitution. Telle était la prétention des héritiers. On ne sait comment le Parlement de Paris trancha cette difficulté (3).

Comme on l'a remarqué, la jurisprudence considère la cause dans ce qu'elle a de plus concret et en fait dériver la validité des donations ou des testaments (4).

(1) Guy du Rousseaud de la Combe, *Recueil de jurisprudence civile des pays de droit écrit et coutumier*, Paris, 1769, v^e cause.

(2) *Ibid.*

(3) Auzanet, *op. cit.*, l. II, ch. XXX, p. 178.

(4) V. Hamel, *La notion de cause dans les libéralités*, thèse Paris, 1920, pp. 83 et s. Pour lui, « la barrière établie entre les donations et les legs » disparaît « dans la pratique ». « Le lien qui unissait la libéralité à ses motifs paraissait devenu de plus en plus étroit, tendant à supprimer l'indépendance de l'intention libérale » (*op. cit.*, p. 85). Au xviii^e siècle, tous les Parlements seront d'accord pour relier en général toutes les libéralités à leurs motifs (*op. cit.*, p. 86).

CHAPITRE III

LA CAUSE DANS LA DOCTRINE AU XVII^e ET AU XVIII^e SIECLE

Au **xvii^e** siècle, le caractère pratique de l'idée de cause n'échappe plus aux auteurs (1). Mais il reste à découvrir une définition proprement juridique. Nous avons vu comment la doctrine du **xvi^e** siècle s'était préoccupée d'élargir le champ d'application de notre théorie, en faisant disparaître les dernières entraves romaines. Mais elle n'était arrivée qu'à préciser l'emploi de la cause, elle n'avait pu inventer un concept répondant pleinement à sa définition.

Les auteurs des **xvii^e** et **xviii^e** siècles seront-ils plus heureux ? Il serait exagéré de répondre affirmativement sans aucune réserve.

I. — La conception de Domat

On attribue traditionnellement à Domat le mérite de la première systématisation de la notion de cause. En réalité, notre auteur est loin de présenter un système à la fois clair et complet. Sur de nombreux points, il répète les hésitations de ses devanciers.

(1) L'hommeau, *Maximes générales du droit français*, liv. III, ch. 10 : Les obligations qui sont sans cause ou pour cause illégitime, comme pour la dépense faite au cabaret par des mineurs ne sont pas exécutoires.

Nous n'avons pas à revenir sur les doctrines de ses précurseurs français. Ce sont toujours les idées Bartolistes, plus ou moins largement entendues, qui flottent dans leurs œuvres (1).

Mais un élément nouveau s'y est ajouté dès la fin du **xvi^e** siècle : les théories de l'école du Droit des gens. Ces dernières ont exercé une influence capitale sur de purs juristes comme Pothier. Elles s'attachent à mettre en lumière le rôle de la volonté dans le contrat. Grotius propose de distinguer trois degrés dans l'expression d'une promesse : elle peut n'être qu'une simple assertion purement indicative, « faisant connaître la volonté qu'on a à l'égard d'une chose future » ; elle devient une sollicitation si la volonté persévère ; elle est enfin une promesse parfaite lorsqu'il s'y joint l'intention de conférer un droit à autrui. (2) Cette distinction exclut tous les accords incertains et irréfléchis, ou ceux qui n'ont pas été passés dans le but de créer une obligation. Mais il convient de ne s'attacher qu'au but réel et non à celui qui est déclaré dans l'obligation : « De droit naturel, les promesses dont la cause n'est pas exprimée ne sont pas pour cela, naturellement non valables (3) ».

*

Il est remarquable que Domat n'ait, nulle part, donné une définition générale de la cause. Il suit l'exemple de ses prédécesseurs du **xvi^e** siècle et analyse chaque espèce de contrat : contrat où chaque partie reçoit et donne, contrat où une seule partie reçoit. La cause sert à expliquer le caractère de chacun d'eux.

(1) Capitant, *De la cause des obligations*, *op. cit.*, p. 160 et s.

(2) Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, (tr. Pradier-Fodéré) Ch. 11, Des promesses.

(3) Grotius, *loc. cit.*, § 9. Cf. le résumé de sa doctrine, contenue dans son traité de droit hollandais, Capitant, *op. cit.*, p. 164, note 1.

Domat groupe, dans une première classe, trois genres de conventions, qu'il distingue en raison de la nature des prestations dues. Le premier type de ces accords comprend les opérations qui supposent deux dations : dation d'une chose — dation d'un prix — ou dation corrélatrice de deux choses ; c'est la vente ou l'échange. Dans le second type rentrent les conventions où interviennent deux *facta*, par exemple l'échange de services réciproques. Le troisième type enfin est mixte : « l'un fait et l'autre donne ». Le trait commun entre ces divers contrats est leur caractère onéreux : « il se fait un commerce ou rien n'est gratuit (1) ». Domat a-t-il entendu reproduire la classification romaine des contrats innommés : *do ut des*, etc. ? On en peut douter. Comme exemple du premier type, il cite la vente ; de plus, il oublie le *do ut facias*. Peut-être notre auteur essaie-t-il de classer rationnellement toutes les conventions, y compris les anciennes conventions nommées, selon la nature économique des prestations qui y sont incluses.

Dans tous ces cas, « l'engagement de l'un, ajoute Domat, est le fondement de celui de l'autre ». L'explication est brève. On peut l'éclaircir par un exemple : dans la vente, l'engagement de l'acheteur, c'est-à-dire la promesse de payer le prix est le fondement de l'engagement du vendeur, c'est-à-dire de la promesse de livrer la chose (2). Il y a corrélation entre deux obligations. Observons que Domat ne parle pas encore de cause.

A cette première classe, il assimile la convention, « où un seul paraît obligé », comme le prêt d'argent. Néanmoins il y a bien eu de la part du prêteur une dation ; c'est pour cela que ce contrat doit être rapproché des trois autres espèces de conventions. Et Domat de conclure, visant

(1) Domat, *Les loix civiles*, liv. I. t. I, sect. I.

(2) Voir Dabin, *La théorie de la cause*, *op. cit.*, p. 5.

tous les accords précédents : « Ainsi l'obligation qui se
 « forme dans ces sortes de conventions au profit de l'un
 « des contractans a toujours sa cause de la part de l'autre ;
 « et l'obligation seroit nulle si dans la vérité elle étoit
 « sans cause (1) ».

A l'opposé, figure l'espèce des conventions « où un seul
 « fait ou donne, l'autre ne faisant ou ne donnant rien,
 « comme lorsqu'une personne se charge gratuitement de
 « l'affaire d'une autre ou que l'on fait une donation par
 « pure libéralité ». Où placer la cause ? Comme ses prédé-
 cesseurs, Domat n'hésite pas : la cause est tantôt le motif
 qui a poussé à donner, tel un service rendu par le donataire,
 tantôt *l'animus donandi*, « le seul plaisir de faire du bien ».
 L'un et l'autre « tiennent lieu de cause (2) ». Domat semble
 dire, par cette expression, qu'il regarde la cause comme
 naturellement propre aux conventions à titre onéreux :
 c'est par souci de symétrie que, suivant l'usage, il étend
 cette notion aux actes gratuits.

Quel est le rôle joué par la cause ? Domat, le comprend très
 largement. Il distingue en effet l'absence de cause ini-
 tiale qui empêche la formation du contrat, l'erreur sur la
 cause, qu'il appelle la fausse cause, qui permet de demander
 la nullité de la convention, la disparition de la cause, qui
 ouvre l'action en résolution (3). Dans ce dernier cas, l'inexé-
 cution de l'obligation par une partie prive le co-contrac-
 tant de l'avantage espéré, par exemple la jouissance de
 la maison vendue pour l'acheteur (4).

(1) Domat, *Les lois civiles*, loc. cit.

(2) Domat, *Les lois civiles*, loc. cit : « L'engagement de celui qui donne a son fondement sur quelque motif raisonnable et juste comme un service rendu, ou quelque autre mérite du donataire, ou le seul plaisir de faire du bien. Et ce motif tient lieu de cause de la part de celui qui reçoit et ne donne rien ».

(3) Domat, *Loix civiles*, liv. I, tit. I, sect. I, n° 13 ; tit. 18, n° 7 et 14.

(4) Domat, *Loix civiles*, liv. I, tit. 2, sect. 1, n° 1, et sect. 2, n° 1. Cf. Capitant, *op. cit.*, p. 168.

Enfin, Domat cite exceptionnellement un exemple de convention nulle pour cause illicite. Quelqu'un fait un présent à une personne qu'il sait devoir être son juge (1). Mais à part ce cas, Domat préfère parler de convention contraire aux lois ou aux mœurs. Il évite l'expression de cause illicite (2).

II. — La doctrine de Pothier

Sur ce dernier point, Pothier se sépare de Domat. Influencé par les doctrines de l'école du droit de la nature, il fait la part très large à la conception de la cause illicite. « Tout engagement doit avoir une cause honnête », tel est le principe qu'il place en tête de son étude sur la cause dans son traité des obligations (3).

Il en tire d'assez nombreuses conséquences. Un cas fréquent est le suivant : « Une terre seigneuriale a été saisie réellement sur un débiteur et adjudgée par décret; la partie saisie a une convention avec l'adjudicataire qu'il lui donnerait une certaine somme pour qu'elle lui remit les titres ». La convention est-elle valable ? Pothier décide qu'elle a une cause qui blesse la justice, ce qui la rend nulle. En effet, les titres d'une seigneurie sont un accessoire de cette seigneurie. En consentant une hypothèque sur sa seigneurie, la partie saisie s'est obligée à la délaissier avec les titres à défaut de paiement. Elle ne peut donc, sans injustice, prétendre à les retenir. C'est pourquoi elle n'a aucune action pour exiger la somme promise; mieux, l'adjudicataire pourrait répéter contre elle la somme qu'il lui aurait déjà versée (4).

(1) Domat, *Loix civiles*, liv. II, tit. 7, sect. 2, n° 1 et 2.

(2) Voir Dabin, *op. cit.*, pp. 65-70.

(3) Pothier, *Traité des obligations*, part. I, ch. I, § 6 : Du défaut de cause dans le Contrat.

(4) Pothier, *Traité des obligations*, *loc. cit.*

Mais il en serait autrement si la cause était aussi illicite de la part de celui envers qui l'on se serait engagé. Tel est le cas « lorsqu'un officier a promis une certaine somme à un soldat s'il se battait en duel contre un soldat d'un autre Régiment (1) ». Tous les exemples ne sont qu'une illustration de la règle romaine : *in pari causa turpitudinis cessat repetitio*.

Par ailleurs, Pothier s'efforce de tirer au clair, et si l'on peut dire, d'« abstraire » la conception de Domat. Ainsi, il n'admet plus comme cause de la libéralité le motif déterminant; il ne parle que d'intention libérale (2).

III. — La préparation du Code civil

Les travaux préparatoires du Code ne font que des allusions courtes et imprécises à la cause. Il est difficile de dire si Bigot-Préameneu est plus proche de Domat que de Pothier lorsqu'il écrit, dans son Exposé des motifs de l'art. 1131 : « Il n'y a pas d'obligation sans cause : elle « est dans l'intérêt réciproque des parties ou dans la « bienfaisance de l'une d'elles (3) ». On entend aussi parler de cause raisonnable et proportionnée, comme si notre théorie se rapprochait de celle de la lésion (4). Enfin, Bigot-Préameneu, dans les discussions au Conseil d'Etat, n'hésite pas à dire : « La volonté de s'engager a dû être appuyée sur un motif (5) ».

(1) Pothier, *Traité des obligations*, loc. cit.

(2) Pothier, *Traité des obligations*, loc. cit. : « Dans les contrats de bienfaisance, la libéralité que l'une des parties veut exercer envers l'autre est une cause suffisante de l'engagement qu'elle contracte envers elle ».

(3) Locré, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1828, t. XII, p. 325.

(4) Portalis, Exposé des motifs sur le titre de la vente, Locré, *op. cit.*, t. XIV, p. 164 (cité d'après Dabin, *op. cit.*, p. 41).

(5) Locré, *op. cit.*, t. VI, p. 78, (éd. de Bruxelles). Cf. la même idée dans Prevôt de la Jannés, *Principes de la jurisprudence française*, 2^e partie, t. 8, ch. 2, n° 410 (d'après Dabin, *op. cit.*, p. 45).

Quant à la cause illicite, des réminiscences de Pothier inspirent les rédacteurs du Code. Souvent, ils suivent l'exemple de Domat parlant de la convention illicite dans son ensemble et non de la cause illicite (1).

L'art. 1132, enfin, est conforme à la tradition jurisprudentielle, constante depuis la seconde moitié du **xvii**^e siècle : il est inutile que l'expression de la cause figure au billet : « Un citoyen reconnaît devoir une somme sans « énoncer la cause de sa dette; son obligation est valable, « parce que la déclaration qu'il doit, fait présumer qu'il « y a une cause.... Cependant s'il n'y en a pas, il est admis « à le prouver et à faire cesser la présomption (2) ».

(1) Voir Dabin, *op. cit.*, pp. 75-80.

(2) Bigot-Préameneu, dans Locré, *op. cit.*, t. XII, p. 138 et s. (cité d'après Capitant, *op. cit.*, p. 378).

CONCLUSION

On pourrait croire qu'appuyée sur une tradition constante, plusieurs fois inscrite dans le Code Civil, la notion de cause s'est imposée au droit français contemporain.

Il n'en a rien, été longtemps la doctrine et la jurisprudence suivirent des voies différentes. Tandis que la seconde reproduisait les solutions de notre Ancien Droit, la première entreprit le procès de la théorie de la cause. Les auteurs ne contestèrent que cette notion ait pu, à certains moments, rendre de grands services en corrigeant les dangers du formalisme contractuel. Mais quelle peut être son utilité dans une législation où tous les rapports juridiques sont fondés sur la bonne foi? Que notre droit rejette, à l'exemple des Codes récents, cette survivance pleine d'équivoque!

Nous n'avons rien à ajouter à la réfutation décisive et généralement acceptée du système de ces négateurs. Aujourd'hui encore, l'intérêt de notre théorie n'est pas épuisé. Il demeure, au fond, tel qu'il était pour nos premiers coutumiers. La lutte contre les conventions obscures ou suspectes continue à être menée au nom de la cause, et l'on aperçoit mal quelle autre doctrine pourrait y pourvoir.

Mais si l'utilité de notre théorie est restée identique, par contre le milieu où elle se meut a varié. Cette transformation a modifié la position du problème de la cause. Tandis qu'au Moyen-âge, c'était l'existence même du droit d'investigation judiciaire qui était en jeu, de nos

jours où ce droit est affirmé sans restriction, son étendue seule est sujette à discussion. Un juge est naturellement porté à pousser ses recherches jusqu'aux motifs concrets qui ont déterminé une partie à s'engager. Comment limiter son arbitraire ? Ne convient-il pas de lui laisser libre cours seulement dans le droit des libéralités, la donation étant l'acte le plus dangereux et celui auquel on se laisse facilement entraîner pour des raisons malhonnêtes ? Dans le droit des affaires, où se rencontrent exclusivement les actes à titre onéreux, une telle investigation serait inutile et déplacée ; il suffit qu'apparaisse le type juridique de l'opération, vente, louage, pour qu'un consentement sérieux et licite soit présumable. Enfin, certains engagements peuvent échapper entièrement au droit de regard du juge qui se fiera à la déclaration des parties.

On voit donc que le problème de la cause se réduit dans notre droit contemporain à la question d'une limitation des pouvoirs du magistrat. Il peut se résumer ainsi : graduer, selon chaque espèce de conventions, la mesure où peut intervenir le contrôle judiciaire sur le but que les contractants veulent atteindre.

Telle est la plus pratique des conclusions que suggère l'étude de nos anciens auteurs, plus préoccupés de décrire l'activité du juge cherchant à se représenter la cause d'un engagement que de définir celle-ci.

APPENDICES

I. — Note sur l'établissement du texte de la Glose d'Accurse

Les éditions courantes du xvi^e siècle, donnent un texte de la Glose d'Accurse visiblement déformé par des additions successives. Il est néanmoins assez facile de mettre à part un grand nombre de ces additions, qui sont placées soit dans les marges, en dehors des colonnes de la Glose, soit à la suite du texte de la Glose, mais séparées de celui-ci par le signe ADD. ou suivis de sigles comme Bar. (Bartole), Ang. (Angelus Aretinus). On obtient ainsi un texte très proche de celui que donnent les premières éditions de la fin du xv^e siècle. Nous avons suivi cette règle pour l'établissement du texte de la Glose, confrontant toujours le texte d'une édition courante du xvi^e siècle avec celui d'une édition incunable (voir Bibliographie), sans jamais relever de grosse divergence entre eux.

Il s'en faut que le texte ainsi obtenu puisse être regardé comme un des textes de la Glose d'Accurse. On trouve parfois les signes Acc., ou Accur. (Accursius) à la fin d'une glose. Beaucoup plus nombreuses sont les gloses anonymes. Il est difficile de tirer une conclusion de cette remarque.

Recourir aux manuscrits était impossible. De très brèves recherches nous ont convaincu de la distance souvent très grande qui séparait le texte imprimé du texte donné par un manuscrit. Nous n'entreprendrons pas ici de justifier cette affirmation par des exemples.

C'est donc, sous le bénéfice de ces observations capitales, que nous avons cru pouvoir parler, suivant l'usage, de la Glose d'Accurse. On peut observer que nous avons sur celle-ci une source de renseignements, indirecte il est vrai, dans les œuvres des successeurs d'Accurse. Ceux-ci relatent toujours, quitte à la combattre, l'opinion de la Grande Glose.

II

Note sur l'introduction et l'emploi de la terminologie «cause finale» dans les œuvres juridiques, en matière de conventions.

1. — L'analyse de la notion de cause finale, œuvre de la philosophie grecque (Aristote, *Métaphysique*, liv. I, ch. 3), fut vulgarisée par Rome dans le monde occidental. Elle ne subit pas une éclipse totale au pré-Moyen-âge durant lequel le souvenir des Topiques de Cicéron persista (Boèce, *In topica Ciceronis commentaria*, liv. 6). Mais elle ne prit de l'importance qu'à partir de la diffusion des traductions latines d'Aristote. On hésite sur l'âge des premières traductions. En tout cas, la seconde moitié du ^{xii}e siècle a connu, sinon la *Métaphysique*, au moins la totalité de l'*Ἠθικὰ*.

Il n'est donc pas étrange que les juristes, dès l'époque d'Irnerius, aient fait allusion à la cause finale. Dans les prologues de leurs Sommes, ils définissent l'objet de celles-ci (*materia*), l'*intentio*, l'*occasio* et pour finir, la cause finale : *Causa vero finalis est, ut ex his constitutionibus... tales seu negotia cilius dirimantur* (*Summa Codicis*, *pr. in fine*). Ce sont des réminiscences littéraires sans portée. Jamais, en matière de contrats, ils ne parlent de cause finale. Ainsi, à propos de la règle *falsa causa adjecta legato non nocet*, ils reproduisent la distinction romaine de la *causa*

demonstrative adjecta et de la *causa conditionnaliter adjecta* (*Summa Codicis*, VI, 29).

2. — Leurs successeurs, les grands sommistes de la fin du ^{xii}e et du ^{xiii}e siècle, ont, peut-être, fait usage de la notion de cause finale pour expliquer l'adage précédemment cité. La Glose d'Accurse l'utilise très nettement, dans ce but, ainsi que nous l'avons montré. Mais c'est la seule hypothèse où joue la notion de cause finale : les « *vocabularia* » de l'époque ne connaissent qu'elle : *Causa est finis ex qua impulsio datur faciendae dispositioni et ita sumitur in titulo de condi. et demonstra. et causis et modis earum* (*D.*, 35, 1), Bernard de Parme, *Vocabularium utriusque juris*, v^o *causa*). Nombreux sont encore les Dictionnaires où ce sens est ignoré (Monaldus, *Summa de jure canonico*, Bib. Mazarine, ms. 1320, f^o 13r^o v^o *causa*; *Summa Martiana*, Bib. Mazarine, ms. 1316, f^o 10 r^o v^o *causa*).

3. — La généralisation de la notion de cause finale que nous avons relevée assez tardivement chez les Bartolistes de la seconde moitié du ^{xiv}e siècle (Balde), est très vraisemblablement une conséquence de la diffusion des idées Thomistes. Dès la seconde moitié du ^{xiii}e siècle, saint Thomas a perfectionné l'analyse de la cause finale, et marqué son rôle dans l'appréciation des actes humains. Il insiste notamment sur deux points, qui seront repris par les juristes du ^{xiv}e siècle : 1^o Il n'est pas contradictoire de dire que la fin est une cause : dans l'ordre naturel, peut-on objecter, la cause précède son effet ; or la fin, comme son nom l'indique, est postérieure à celui-ci. L'objection tombe si l'on prend soin de distinguer l'*ordo intentionis* et l'*ordo executionis* : la cause finale, qui est la dernière dans l'exécution est la première dans l'intention de celui qui agit. (*Summa Theologica*, 1^a 2^{ae}, q. 1, a. 1, 1 ;

ibid., q. 8, a. 3); 2^o La fin donne son espèce à l'acte, et par suite sa valeur morale. Il faut entendre: la fin proche, non la fin éloignée (*Summa Theologica*, 1^a, 2^{ae}, q. 1, a. 3). Nous avons signalé, chez Balde notamment, des idées très analogues. (Voir spécialement l'analyse de la *causa stipulationis*.)

Le progrès de l'idée de cause finale dans les œuvres juridiques devait être assez rapide. Néanmoins, le point de vue de la Glose persista longtemps: les exemples qui illustrent le rôle de la cause finale sont empruntés aux donations ou aux legs. Il en est ainsi dans le Dictionnaire d'Albericus de Rosciate, *v^o causa*, où la distinction, cause finale, cause impulsive, est étudiée à propos du legs. A partir du *xv^e* siècle, la cause s'étend à tous les contrats. (Bertachini, *Repertorium*). *v^o causa : causa falsa viliat contractum et promissionem*; Barbosa, *Axiomata juris*, *Axioma XL, causa*; Spiegel, *Lexicon juridicum, v^o causa*).

Vu, le Doyen,
BERTHÉLEMY

Vu, le Président,
Ed. MEYNIAL

Vu et permis d'imprimer ;
Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLÉTY

TABLE DES MATIÈRES

Préface	I
Bibliographie	XXIII
Etude préliminaire	1

PREMIERE PARTIE

LES ACTES CAUSES DANS LES DOCTRINES SAVANTES DU MOYEN-AGE

Introduction	23
Section première. — <i>La cause dans les doctrines des Romanistes.</i>	
<i>Chapitre premier.</i> — La cause fondée sur l'équité d'après la dogmatique Irnérienne	25
I. — Cas d'application et définition de la cause	26
II. — Rôle de la cause. Sanction de son absence	38
<i>Chapitre II.</i> — La cause dans l'instance judiciaire au temps des Glossateurs	44
I. — Des quatre Docteurs à la glose d'Accurse	46
II. — La grande Glose. Extension de la notion de cause	67
<i>Chapitre III.</i> — La renaissance de l'acte abstrait dans l'école des Dialecticiens français	92
I. — Le système de Jacques de Revigny	93
II. — Les destinées du système de Jacques de Revigny	116
<i>Chapitre IV.</i> — La généralisation de la cause finale à l'époque des Bartolistes	120
I. — La cause dans les actes unilatéraux	122
II. — Actes synallagmatiques	132
Section II. — <i>La cause dans les doctrines des Canonistes.</i>	
<i>Chapitre premier.</i> — La cause illicite. Devoir d'inexécution et sanction pénale	142
I. — La doctrine des moralistes	143
II. — Le système des Décrétalistes	148
<i>Chapitre II.</i> — Cause et preuve chez les Décrétalistes	156
I. — La Décrétale « Si Cautio »	156
II. — L'aveu, source de dette	166
III. — La pratique canonique	170

<i>Chapitre III. — La Cause dans le pacte nu.....</i>	174
I. — Rapports entre la théorie canonique du pacte nu et la doctrine des Romanistes	175
II. — La cause du pacte	179

DEUXIEME PARTIE

**LES ACTES CAUSES ET LA THEORIE DE LA CAUSE
DANS L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS**

Introduction	187
Section première. — <i>Les actes causés jusqu'au XVI^e siècle.</i>	
<i>Chapitre unique. — Statuts, coutumiers et pratique.....</i>	192
I. — Les usages du Midi.....	192
II. — Cause et exécution préalable	195
III. — Cause et tricherie.....	209
IV. — La cause savante	214
Section II. — <i>La théorie de la cause à partir du XVI^e siècle.</i>	
<i>Chapitre premier. — Coutumes et doctrines du xvi^e siècle.....</i>	220
I. — Coutumes rédigées.....	220
II. — Les doctrines du xvi ^e siècle.....	224
<i>Chapitre II. — La cause équitable de la jurisprudence française..</i>	230
I. — De la cause du billet.....	231
II. — De la cause illicite.....	237
III. — La cause dans les accords synallagmatiques	242
IV. — La cause de la donation et du legs.....	243
<i>Chapitre III. — La cause dans la doctrine au xvii^e et au xviii^e siècle</i>	246
I. — La conception de Domat.....	246
II. — La doctrine de Pothier.....	250
Conclusion	253
Appendice s.....	255



